

**Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades Dr. iur bei der
Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin**

Titel der Arbeit:

Die Verwaltung des Strafrechts. Eine Rechtsgeschichte der deutschen
Staatsanwaltschaft.

von: Vera Finger

Disputation am: 20. Oktober 2016

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Dieter Simon

Zweitgutachter: Prof. Dr. Christoph Paulus

Inhaltsverzeichnis

Prolog.....	4
A. Das Pilotverfahren der Staatsanwaltschaft im Strafrecht.....	8
I. Die Verfahrensänderung.....	10
II. Der Staatsanwalt.....	16
III. Der Prozess.....	26
1. Die Einstellungen.....	27
2. Im kirchlichen Gerichtssaal.....	31
3. Interpretationsschlacht.....	35
a. Verfassung.....	36
b. Unternehmen.....	38
4. Die Totalität von Nichts.....	41
VI. Das Ende vom Anfang.....	46
B. Die ersten Staatsanwälte?.....	49
I. Vielfalt und Tagesordnung.....	52
II. Der Staatsanwalt als Ankläger?.....	58
1. Baden.....	60
2. Preußen.....	67
C. Inquisitorisches Erbe?.....	73
I. Der Richter.....	76
1. Der Boden der Kritik.....	77
2. Die Kritik.....	84
a. diabolus iudex.....	84
b. Die Argumente.....	88
3. Die Trennungsthese.....	93
a. Kleinschrod und Filangieri.....	93
b. Grolman und Wieland.....	97
c. Mittel zum Zweck.....	100
II. Der Staatsanwalt.....	102
D. Der Staatsanwalt.....	108
I. Ein Rechtsgelehrter, wie er seyn soll.....	109
II. Die Sechs Gebote.....	112

3 Die Verwaltung des Strafrechts. Eine Rechtsgeschichte der deutschen Staatsanwaltschaft

1. Hebel der Rechtsordnung.....	112
2. Freundlicher Hohepriester.....	115
3. Schneller Angriff und Beweispanzer.....	116
4. Vorurteils- und Rücksichtsfreiheit.....	116
5. Gerichtsanalogie.....	118
6. Fazit für den Sachwalter.....	122
III. Das Recht zum Fallenlassen.....	123
IV. Die Ständigkeit der Behörde.....	129
1. Verwaltungsarbeit.....	130
2. Im Niemandsland.....	132
3. Das Joch der Strafgesetziparagraphen.....	138
V. Träger der harten Rolle?.....	143
E. Vom Gesetzeswächter zum Urteilswächter.....	146
I. Der Wächter der Gesetze.....	147
II. Der Wächter der Gerichte.....	150
1. Richter-Vorschlag.....	151
2. Rechts-Mittelbehörde.....	154
F. Im Zivilprozess.....	159
I. Der Eheverteidiger.....	167
1. „Überwachungsorgan“ ohne Rechtsmittel.....	168
2. In der ReichsCPO.....	175
3. Leere Formen.....	181
4. Vom defensor zum aquisitor.....	184
II. Eine Konsolidierungsstrategie.....	187
III. Ein Nachhall.....	191
G. Die Verwaltung des Strafrechts.....	194
I. Herrin des Ermittlungsverfahrens?.....	194
II. Die Einstellungsbehörde.....	198
1. Die Voruntersuchung.....	200
2. Legal und opportun.....	205
III. Anfang ohne Ende.....	220
IV. Das Strafrecht.....	226
1. Die Kriminalpolitik.....	228

2. Chaos überall.....	233
Namensverzeichnis.....	238
Quellen- und Literaturverzeichnis.....	241
I. Quellen.....	241
II. Literatur.....	242
Danksagung.....	269

Prolog

1850 schrieb Ludwig Frey gegen den politischen Geist seiner Zeit an.¹ Unter der wieder erstarkenden Reaktion wandelte sich vor seinen Augen die gerade erst etablierte Staatsanwaltschaft vom Segen zum Fluche: Anstelle freier unabhängiger Beamter, wie sie Frey bereits 1845 für die deutsche Strafverfolgung eingefordert hatte,² bekomme man nun „leichtgebräuchliche und leicht zerbrechliche Werkzeuge der hohen Polizei“ vorgesetzt.³

Das war für Frey, den liberalen Professor des französischen Rechts an der Universität zu Heidelberg, eine politische Katastrophe. Er war aber vor allem universitärer Rechtslehrer, und so war das Gros seiner 234 Seiten starken Schrift trotz der politischen Implikationen kein Manifest, sondern eine überaus fleißige und bis in das kleinste Rechtsdetail verliebte Studie zur Staatsanwaltschaft.

Für eine deutsche Staatsanwaltschaft im Strafverfahren schrieb Frey dabei an einer bemerkenswerten Fiktion mit. Denn im Jahr 1850 gab es in Deutschland eine solche Behörde genauso wenig, wie ein einheitliches Deutschland: In der preußischen Rheinprovinz agierten die Prokuratoren an den Gerichten in Zivil- und Strafsachen; das Herzogtum Baden hatte ab Juli 1832 vier Hofgerichtsräte zu Staatsanwälten für die Preßdelikte bestellt; Preußenkönig Friedrich Wilhelm IV. berief zum 17. Juli 1846 zwei Staatsanwälte für Strafsachen zum Berliner Kriminalgericht und Kammergericht und beschloss 1849, auch in allen anderen preußischen Provinzen solche Männer den Richtern zur Seite zu stellen. Für die Gerichtsverfassung in Schleswig-Holstein

1 Mit seiner Schrift über „Die Staatsanwaltschaft in Deutschland und Frankreich“.

2 Frey (1845), 6: „Ich will den Beweis versuchen, daß aus dem badischen Staatsanwälte etwas Gutes werden kann“; 117: „Wenn auch der badische Gesetzgeber Richter und Staatsanwälte von der vollziehenden Gewalt noch unabhängiger machen konnte, so steht doch so viel fest, daß die badischen Staatsanwälte im Vergleiche zu ihren französischen Collegen eine weitaus ehrenvollere, freiere und selbständigere Stellung haben“; 127: „Darum auch mein u n b e d i n g t e s Votum für das Institut!“

3 Frey (1850), 233.

schlug man 1850 vergeblich „Staatsanwälde“ vor und in den beiden für jegliche Modernismen⁴ unempfänglichen Großherzogtümern Mecklenburgs kannte man bis zu den Reichsjustizgesetzen (1871/79) nur den in der Provinz die Strafsachen verwesenden, frühneuzeitlichen Fiskal.⁵

All dies hinderte Rechtslehrer Frey nicht daran, in diesem Flickenteppich an Staatsanwälte zu appellieren, auch wenn solche vielerorts noch gar nicht agierten. Er schrieb damit einen rechtspolitischen Reformtext à la mode – im wesentlichen über ein Potential, über eine Institution, die gerade erst im Entstehen war.

In seinem Text versuchte sich Frey an Handlungsanweisungen für die staatsanwaltschaftlichen Beamten im alltäglichen Umgang mit Untersuchungsrichtern. Hier erahnte Frey einen hierarchischen und funktionalen Konflikt, dessen Handhabung ein erhöhtes Maß an Feingefühl erforderte. Den Staatsanwälten, so Frey, komme kraft gesetzlicher Kompetenz die Kontrolle, nicht aber die Ausführung des Untersuchungsverfahrens in Strafsachen zu – diese bleibe dem Untersuchungsrichter vorbehalten. Seine Kontrollfunktion müsse der Staatsanwalt zum Schutze der Beschuldigten gewissenhaft, dürfe sie aber gegenüber dem Untersuchungsrichter nicht „pedantisch“ ausüben.⁶ Mit einigem Nachdruck wies Frey darauf hin, dass um des institutionellen Friedens willen sich die Rechtmäßigkeitsprüfung von Verfahrensabläufen im Gerichtsalltag nicht als persönliches Misstrauensvotum materialisieren dürfe.

Und an dieser Textstelle versteckte er in einer Fußnote eine Anmerkung, die die neue Profession 'Staatsanwalt' skizzierte: „Die Staatsanwälte dürfen überhaupt nie vergessen, daß sie die Diplomaten der Juristenwelt sind!“⁷ Der Staatsanwalt als Wandler zwischen den Fronten, vermittelnd, übersetzend, tagtäglich Kompromisse suchend, in der weiten Juristenwelt irrlichternd unterwegs, aber mit Sonderrechten ausgestattet. Von diesem Bild ließe sich leicht eine Brücke in das 20. Jahrhundert schlagen, in dem Eberhard Schmidt den Boden dafür bereitete, die Staatsanwaltschaft als pragmatisches „Organ der Rechtspflege“⁸ zu definieren.

Der staatsanwaltschaftliche Diplomat steht aber vor allem für das Bild einer juristischen Profession, das sich dergestalt nicht durchsetzen konnte. Freys Appell

4 Wie die Verfassungsbewegung; Stolleis (1992), 187 ff.

5 s. Carsten/Rautenberg (2012), 86.

6 Frey (1850), 117: Das „Gesetz hat die Staatsanwälte [...] nicht bevollmächtigt, [dem Untersuchungsrichter] Tag und Nacht alpschwer und hageldicht auf dem Nacken zu sitzen und gleichsam ewig die Nase auf das Gesetzbuch zu stoßen.“

7 Frey (1850), 117.

verhalte ungehört in der Mitte des 19. Jahrhunderts und in den Köpfen der Juristen setzten sich andere Bilder fest.

Bis heute wird dort jedenfalls nicht der Diplomat abgerufen, wenn man nach der Staatsanwaltschaft fragt. Häufig gezeichnet wird hingegen das Bild der wilhelminischen „Kavallerie der Justiz“⁹, die frisch mit der Anklage in den Gerichtssaal prescht. Oft ergänzt um den Zusatz „schneidig, aber dumm“, vereint dieses Bild Kritik an Justiz und Militär zugleich, weist satirische Züge auf und rekuriert, anders als etwa Frey es noch tat, nicht auf das Personal, sondern bereits auf die Behörde. Da die Staatsanwaltschaft in dieser Organisationsform erst mit den Reichsjustizgesetzen 1871/79 flächendeckend etabliert wurde, mag die Kavallerie der Justiz mit der ab den späten 1880er Jahren einsetzenden allgemeinen Justizkritik in den sprachlichen Umlauf geraten sein. Dort befindet sie sich, sowohl auf fachlicher als auch auf populärer Diskursebene, noch heute.

Neben die Kavallerie trat etwas später ein zweiter Begriff: Die Staatsanwaltschaft als „objektivste Behörde der Welt“. Entpersonalisiert und stoisch bringt sie mit preußischer Beamtentugend in der Akte das Unrecht zur Sache und die Wahrheit zur Sprache. In diesem Sinne war freilich das populärste Zitat jenes Begriffs nicht gedacht: Als Franz von Liszt am 23. März 1901 mit einem Vortrag vor dem Berliner Anwaltsverein die objektivste Behörde der Welt in den Raum setzte, wollte er damit

8 Schmidt (1964), 713: Die Staatsanwaltschaft sei „kein 'Organ der Rechtsprechung'. Aber sie ist deswegen keine Verwaltungsbehörde von der Art etwa der Polizeibehörden [...]“, bei ihr dränge sich, „mag man sie durchaus der 'Verwaltung' zuordnen, ihre Funktion als Justizbehörde und 'Organ der Rechtspflege'“ stark in den Vordergrund. Insofern mit irreführendem Schwerpunkt ein DRB-Gutachten von 2008 [zum „Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-)Entwicklungen“, im Auftrag des Bundesjustizministeriums], 35 f.: Der Ansatz von Schmidt differenziere zwischen Rechtspflege und Rechtsprechung und beschreibe die Staatsanwaltschaft „ganz allgemein“ als ein Organ der Rechtspflege; dies „freilich“ erst in einem „zweiten [!] Schritt“, nachdem Schmidt die Staatsanwaltschaft grundsätzlich als Verwaltungsbehörde eingeordnet habe, für die Maßgaben der Judikative – vor allem deren Unabhängigkeit – nicht gelten könnten.

9 Die Urhebererschaft dieser Metapher lässt sich nicht nachweisen; s.a. Carsten/Rautenberg, 59, Fn. 117, die Kurt Tucholsky als Urheber explizit ausschließen. Rainer Schröder (Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung der Reichsgerichte vor 1914, Ebelsbach 1988) ordnet die „Kavallerie der Justiz“ als affirmative Selbstbeschreibung und „Kompensation für die relativ negative Einschätzung durch die Kollegenschaft“ der Staatsanwälte in den 1880er Jahren ein; dies allerdings ohne Quelle und – wohl? – begründet damit, dass die Karrierechancen für Staatsanwälte um 1883 herum ähnlich „prestigeträchtig“ wie in der militärischen Kavallerie, jedenfalls besser als die der Richter gewesen seien, 415. Für diese These spricht die Parallele zur Genese der „objektivsten Behörde der Welt“ (dazu sogleich weiter unten); dagegen die Gleichsetzung von Justiz und Militär, die auch im wilhelminischen Zeitalter schwerlich mit juristischem Habitus und Berufsethos vereinbar gewesen zu sein scheint. Noch heute wird die „Kavallerie der Justiz“ in rechtspolitischer und populärer Literatur als Synonym für polizeistaatliche Strafverfolgung kritisch verwendet.

das Ideal des Legalitätsprinzips in der staatlichen Strafverfolgung konterkarieren.¹⁰ Das indizierten nicht nur das Publikum, die Berliner Anwaltschaft, und der Titel seines Vortrages¹¹. Der Text selbst konnte nicht eindeutiger¹² sein. Er erlitt in der Folgezeit aber das typische Schicksal vieler Entstehungskontexte: Er wurde ignoriert, sein Zitat verselbstständigte sich und wurde sogar konträr zum Liszt'schen Sinne weiter verwendet. Damit kehrte es aber auch zu seinem eigentlichen Urheber zurück. Dieser war nämlich ein Berliner Generalstaatsanwalt, der die „objektivste Behörde der Welt“ als immunisierende Selbstbeschreibung in der Öffentlichkeit eingesetzt hatte – Liszt hatte den zeitgenössischen Begriff nur aufgenommen und ironisch überspitzt gewendet.¹³

Schneidige Kavallerie und objektivste Behörde – diese zwei Begriffe fangen extreme Gegensätze ein, jedoch zwei Extreme ein und derselben politischen Perspektive auf das Strafrecht und seine Rechtspflege. Der Vorwurf einer aus dem rechtskonservativen, staatstragenden Lager vorstoßenden Strafverfolgung steht gegen eine idealisierende Selbstbeschreibung, die ihre ganze Hoffnung auf humane Bürokratie setzt. Diese Perspektive dominiert den juristischen Diskurs zur Staatsanwaltschaft wesentlich, wie schon der Umstand zeigt, dass sie sich in Metaphern niederschlägt. Sie ist aber auch in den Facetten der externen und internen Weisungsabhängigkeit meinungsführend.

Von dieser dominanten rechtspolitischen Perspektive versucht die vorliegende Arbeit, Abstand zu gewinnen. Denn mit Einblick in enzyklopädische Einträge, juristische Kommentare, bundesgerichtliche Urteilsbegründungen, rechtspolitische Tagesartikel, rechtswissenschaftliche Abhandlungen, rechtshistorische Essays, transdisziplinäre Sammelbände, biographische Erinnerungen, belletristische Erzählungen,

10 Liszt (1901), 179 ff.

11 Liszt (1901), 179 ff.: „[...] über die Stellung der Verteidigung in Strafsachen“.

12 Liszt (1901), 180: „Wenn wir zur Anklage [...] die Staatsanwaltschaft berufen haben, so bedeutet das die Schaffung [...] [von] Parteipollen. Die Parteistellung der Staatsanwaltschaft ist allerdings durch unsere Prozeßordnung besonders verdunkelt worden. Durch die Aufstellung des Legalitätsprinzips [...] könnte ein bloßer Civiljurist zu der Annahme verleitet werden, als wäre die Staatsanwaltschaft nicht Partei, sondern die objektivste Behörde der Welt. Ein Blick in das Gesetz [damals § 147 GVG, jetzt § 146 GVG: behördeninternes Weisungsrecht] reicht aber aus, um diese Entgleisung als solche zu erkennen.“

13 Liszt ist heute für Juristen die zitierbare Quelle für dieses Sprachbild, während dessen Urheber, der Berliner Generalstaatsanwalt Hugo Isenbiel, in Vergessenheit geraten ist; s. Carsten/Rautenberg (2012), 136 f. Isenbiel brachte das Bild im Zuge eines prominenten Verfahrens gegen einen Bankier wegen Sexualdelikten im Herbst 1900 auf und es wurde von den Berliner Printmedien wiedergegeben; Carsten/Rautenberg (2012), 136 f. Liszt konnte davon ausgehen, dass sein Vortragspublikum dieses Bild wahrgenommen hatte.

Verwaltungsrichtlinien, überholte Gesetzestexte, nie umgesetzte Referentenentwürfe und verstaubte Akten fangen die etablierten Bilder an, sich zu verschieben.

Gerade in diesen Verschiebungen gibt es aber auch festen hermeneutischen Grund. Da der Verlust- oder zumindest der „Umbruch“-zustand, der dem Strafprozess attestiert wird,¹⁴ aus rechtshistorischer Perspektive ein Dauerzustand ist, war die Leitfrage dieser Arbeit: Warum hat sich die Staatsanwaltschaft als Behörde, so wie sie uns bekannt ist, durchsetzen, etablieren und erhalten können?

A. Das Pilotverfahren der Staatsanwaltschaft im Strafrecht

Am Anfang stehen ein Fall und sein Gesetz.

Das königlich-preußische Gesetz zur Einrichtung einer Staatsanwaltschaft am Berliner Kammergericht vom 17. Juli 1846 – kurz auch das Gesetz vom 17. Juli 1846 genannt – ist in der Rechtsgeschichte zu einem kleinen Meilenstein erhoben worden. Die Forschung zur preußischen Gesetzgebungsgeschichte hat ihren Teil dazu beigetragen,¹⁵ der in Gesetzesfixierung umschlagende Positivismus als Leitschnur im juristischen Diskurs den seinen. Seit dem 19. Jahrhundert weiß man aber auch: Jeder Gesetzgeber hat seine Motive. Und so wird, mal mehr¹⁶, mal weniger¹⁷ stark akzentuiert auch das Motiv für das Gesetz vom 17. Juli 1846 genannt: Anlass sei der sogenannte Polenprozess¹⁸ gewesen, der in Berlin am Kammergericht – in Funktion als Staatsgerichtshof – durchgeführt werden sollte.

Dieser Polenprozess entpuppt sich bei weiterer Recherche als ein auch nach heutigen Maßstäben riesenhaftes Strafverfahren, das in vielerlei Hinsicht sowohl den Abschluss alter als auch den Anstoß neuer Entwicklungen repräsentiert. Es war der Versuch, einen gescheiterten politischen Aufstand mithilfe von Strafrecht und Strafverfahren zu bewältigen. Die Anklage warf den Aufständischen vor, den Tatbestand des Hochverrats erfüllt zu haben. In dem Versuch, politische Aufstände

14 Instrukтив dazu Haas (2008), 1 ff.

15 Mit diesem Schwerpunkt, aber auch wesentlich differenzierter als der noch zuvor klassischerweise von Schmidt angeführte rechtshistorische Forschungsstand und sowohl vom Informationsgehalt als auch von der Quellenbasis her wesentlich umfangreicher als etwa Blankenburg/Treiber: Peter Collin (2000), passim. Umfassendes Quellenrepetitorium zu den Arbeiten in der preußischen Gesetzgebungskommission: Schubert, etwa zum Familienrecht (1985) und (1987).

16 Blankenburg/Treiber (1978), 169 f.

17 Collin (2000), 83; erwähnt bei Schmidt (1951), 323: „[...] als der Polenprozeß ein Abgehen von dem [...] Inquisitionsprozeß erzwang“; äußerst knapp auch Schmidt (1968), 36 f.

18 Umfassende Prozessbeobachtung bei Julius (1848), passim. Siehe auch Ebert, Ina: Die preußische Justizreform im Umfeld der Revolution von 1848/49, in: Saar, Stefan Christian / Roth, Andreas / Hattenhauer, Christian (Hgg.): Recht als Erbe und als Aufgabe: Heinz Holzhauser zum 21. April 2005, Berlin 2005, 187-197.

mithilfe von Strafe einzufassen und zu bewältigen und sich von diesem Vorgang zugleich eine abschreckende Wirkung zu erhoffen, lag nichts Neues.¹⁹ Vielleicht lässt sich aber aus diesem Bewältigungsversuch jener Vorgang präziser konstruieren, der bisher eher in beiläufiger Selbstverständlichkeit als Initial der preußischen Staatsanwaltschaft im Strafverfahren angeführt wird.

Was war geschehen? Kern des Falles war der sogenannte Polenaufstand von 1846, auch Krakauer Aufstand genannt. Er sollte sich vornehmlich auf das Großherzogtum Posen erstrecken, man hatte aber auch Galizien anvisiert. Das Ziel war ein autonomer, polnischer Nationalstaat mit demokratischer Staatsform in den territorialen Grenzen von 1772. Planungen und Vorbereitungen wurden bereits im Herbst 1845²⁰ der preußischen Polizei bekannt. Im Winter 1846 versuchten die Aufständischen dann, ihre Pläne umzusetzen. Sie waren durch die polnisch-demokratische Gesellschaft (TDP) organisiert und angeleitet, deren Initiatoren zum Teil bereits aktiv im polnischen Novemberaufstand von 1830 gekämpft hatten. Ihre bekanntesten und damals populärsten Köpfe waren Ludwik Mierosławski und Karol Libelt (Carl Friedrich Liebelt). Insgesamt rekrutierten sich die Aufständischen aus einem relativ breiten sozialen Spektrum.²¹ In der TDP verfolgten sie nicht nur die Idee eines polnischen Nationalstaates, eine gegen den Adel gerichtete Eigentumspolitik sowie die Erhaltung und Stärkung des Katholizismus, sondern sie verfügten auch über Netzwerke in der französischen und belgischen Emigrationsszene, über militärisches Strategiewissen und über, wenn auch eher sporadische, Verbindungen zu Großgrundbesitzern. Nachdem die ersten lokalen Organisations- und Agitationsversuche im Großherzogtum Posen der Polizei bekannt geworden waren und zerschlagen wurden, wurde der Aufstand – auch aufgrund von Missverständnissen und fehlgeschlagener Kommunikation – anderenorts dennoch

19 Dazu allgemein Blasius (1983), passim; Roth, Andreas: Kollektive Gewalt und Strafrecht. Die Geschichte der Massedelikte in Deutschland, Berlin 1989; de Benedictis, Angela / Härter, Karl (Hgg.): Revolten und politische Verbrechen zwischen dem 12. und 19. Jahrhundert. Revolts and Political Crime from the 12th to the 19th Century: Rechtliche Reaktionen und juristisch-politische Diskurse. Legal Responses and Juridical-political Discourses, Frankfurt am Main 2013.

20 Laubert (1922), 352; Laubert gab als Quelle das Rep. 89, E. XVIII, 11, Nr. 8 aus dem GStA Berlin an. Jenes läuft aktuell im GStA unter der Signatur I. HA Rep. 89 Nr. 22758, als „Beurteilung eines neuen Kriminalverfahrens gegenüber der polnischen Bevölkerung. Stellungnahme des Präsidenten von Kleist und Billet des Prinzen von Preußen, 1846“.

21 Zur Zusammensetzung der polnisch-demokratischen Gesellschaft (TDP), zu ihren Mobilisierungsversuchen auf lokaler Ebene und dem Verlauf des versuchten Aufstandes s. Pletzing, Christian: Vom Völkerfrühling zum nationalen Konflikt. Deutscher und polnischer Nationalismus in Ost- und Westpreußen 1830-1871, Wiesbaden 2003, 153-157; Gill, Arnon: Freiheitskämpfe der Polen im 19. Jahrhundert: Erhebungen, Aufstände, Revolutionen, Frankfurt am Main 1997, 189-329.

nicht aufgegeben, sodass er noch nach der ersten Verhaftungswelle gegen die maßgeblichen Organisatoren weiterlief.²² Im großen Panorama der polnischen Nationalgeschichte wird der Aufstand auch wegen der unglücklichen Planungen eher als tragisch-romantisch gescheiterte Episode dargestellt. Der preußische Staat sah sich allerdings zwecks Erhalt seiner Ordnung immerhin genötigt, einen Massenprozess, eben den Polenprozess anzustrengen.

I. Die Verfahrensänderung

Auf dieses Strafverfahren bezog sich der preußische Innenminister Bodelschwingh explizit, als er Mitte März 1846 bei Justizminister Uhden über ein ad-hoc-Gesetz die Änderung des Strafprozesses anregte. Darin waren auch Staatsanwälte als neue Prozessbeteiligte vorgesehen.²³ Die Einführung von Staatsanwälten erfolgte, so der rechtshistorische Konsens, weil das bis dahin praktizierte Verfahren in Form des Inquisitionsprozesses zu „umständlich und langwierig“ gewesen sei und eine Verurteilung der „zahlreichen [...] Aufständischen“ „unmöglich“ gemacht habe.²⁴ Jedenfalls befürchtete die königliche Regierung, dass die „generalpräventive Wirkung“²⁵, „die erstrebten gesellschaftspolitischen Wirkungen“²⁶ durch ein herkömmliches Verfahren nicht mehr zu erreichen seien. Der Innenminister hoffte, den Einfluss auf die „öffentliche Meinung“ durch eine „rasche Aburteilung“²⁷ erhalten zu können.

Eine solche erschien im März 1846 aber ferner denn je zuvor: Der Anklageschrift²⁸ ist zu entnehmen, dass die Initiation der Staatsanwälte zu einem Zeitpunkt erfolgte, an dem bereits seit gut einem halben Jahr der polnische Aufstandsversuch selbst aufgedeckt war. Deswegen wurden auch bereits Untersuchungen gegen diverse Beschuldigte geführt. Vertraut man der Anklageschrift, so waren diese Untersuchungen zum Jahresbeginn 1846 insgesamt ein chaotisches, unübersichtliches Nebeneinander und kein gleichmäßiges, zielgerichtet laufendes,

22 Alle Informationen nach der Anklageschrift und dem „Manifest“ der polnisch-demokratischen Gesellschaft, s. Julius (1848), Sp. 4-25; Sp. 34-40.

23 Collin (2000), 83; und weiter 83 ff.

24 So zuerst Carsten schon in der ersten Auflage 1932; in der zweiten bei Carsten/Rautenberg (2012), 60 f.; Schmidt (1951), 323; Schmidt (1965), 330; Blankenburg/Treiber (1978), 170; auch Wiethölter (1988), 48: „Massenprozesse nach altem Verfahrensrecht verschlingen Jahre [...]“; Collin (2000), 83, 90, 404; auch Dettmar (2008), 36, Fn. 160, 37.

25 Dettmar (2008), 36, Fn. 160.

26 Collin (2000), 404.

27 Collin (2000), 83.

28 Abgedruckt bei Julius (1848), Sp. 4-25.

effektives Verfahren. Wo der örtlichen Polizei schon Tatverdächtige bekannt geworden waren, hatte man bereits kriminalgerichtliche Untersuchungen gegen einzelne Beschuldigte eingeleitet. Anderenorts waren die Aufständischen noch gar nicht aktiv geworden und folglich war auch die Polizei noch inaktiv geblieben. Polizeiliche Maßnahmen und gerichtliche Untersuchungen liefen zum Teil also parallel und zugleich zeitlich und örtlich versetzt. Außerdem erschwerten die verschiedenen 'Tatorte' in Posen die Kommunikation und den Rücklauf zwischen lokalen polizeilichen und gerichtlichen Behörden und Berlin.

Die Regierung hatte sich deswegen bereits vor besagter Gesetzesinitiative im März 1846 an einer effektiven Koordinierung versucht: König Friedrich Wilhelm IV. hatte zum 13. Januar 1846 eine Kabinetts-Ordre zur Einrichtung einer Immediat-Kommission gegeben, mittels derer er die Untersuchungen beschleunigen und vereinheitlichen wollte.²⁹ Durch die Immediat-Kommission sollten bereits laufende und noch anstehende Untersuchungen gebündelt und einer durch Beamte der Justiz- sowie der polizeilichen Verwaltungsbehörden gemeinsam betriebenen Art Supervision unterstellt werden.

Dieser Befehl, nach dem die Immediat-Kommission eher einer Task-Force denn einem Experten-Ausschuss glich, wurde aber kurz darauf schon wieder obsolet. Denn mit dem tatsächlichen Anlauf des Aufstandsversuches und der darauf folgenden Verhaftungswelle gegen die Anführer im Februar 1846 schwoll sowohl das entdeckte Ausmaß des versuchten Aufstandes als auch der Umfang der Untersuchungen derart an, dass nunmehr eine „Erledigung in den üblichen Formen kaum möglich“ erschien³⁰. Die Immediat-Kommission selbst musste nachträglich noch gegen den Verdacht verteidigt werden, mit ihr habe man versucht, „die Beteiligten irgend wie einem exceptionellen Verfahren [...] zu unterwerfen“³¹. Angesichts der Situation im Februar 1846 allerdings war selbst dieses für sich genommen bereits prekäre Sonderinstrument nur noch unzureichend. Nicht nur das herkömmliche Verfahren, sondern auch der in der Sattelzeit zu verschiedenen Anlässen praktizierte Sonderweg einer Immediat-Kommission³² war in den Augen

29 Kabinetts-Ordre von Friedrich Wilhelm IV. an Bodelschwingh und Uhden, vom 13. Januar 1846, abgedruckt bei Julius (1848), Sp. 4. Dazu auch Laubert (1922), 352. Vorsitzender der Kommission war der Posener Oberappellationsgerichtspräsident Frankenberg.

30 Laubert (1922), 352.

31 So in der Einleitung der Anklageschrift, bei Julius (1848), Sp. 4.

32 Zur 1819 durch Friedrich Wilhelm III. eingesetzten Immediatuntersuchungskommission gegen „Demagogenumtriebe“: Siemann (1987), 197; 199 ff.; s.a. Collin (2000), 29 ff.

von Friedrich Wilhelm IV. nicht geeignet, den Aufstand nunmehr noch zu bearbeiten und zu bewältigen.

Der König erwog nun öffentliche und mündliche Verhandlungen vor allem als Möglichkeit, das aus dem Ruder laufende „Verfahren [...] abzukürzen“³³ und sich des Chaos zu entledigen.

Das durch ihn und Bodelschwingh auf den Weg gebrachte Gesetz vom 17. Juli 1846 bekam aber gerade wegen seines ad-hoc-Einsatzes politischen Gegenwind. Nicht nur Justizminister Uhden machte Bedenken geltend.³⁴ Auch der Bruder Friedrich Wilhelms IV., Kronprinz Wilhelm I., erhob Einspruch. Er führte dafür ein Gutachten des Berliner Kammergerichtspräsidenten Ludwig Adolph von Kleist an.³⁵

Uhden hatte davor gewarnt, dass das „allzu deutlich von Regierungsintentionen geprägte Maßnahmengesetz“ auf „negative öffentliche Resonanz“ stoßen könnte.³⁶ Ähnlich mahnten Wilhelm I. und das Gutachten von Kleist. Im Vormärz waren die Regierungskreise offensichtlich um den Erhalt der Stabilität besorgt und versuchten jede unnötige Provokation der öffentlichen Meinung zu vermeiden. Die vom König erwünschte „Beschleunigung der Untersuchung“ könne man auch erreichen, ohne dass man „alle bisherigen Grundsätze des Rechts und die ganze in Kraft stehende Criminal-Justiz-Verfassung [...] über den Haufen“ werfe, so Gerichtspräsident Kleist.³⁷ Dieser sah Provokationspotential insbesondere in dem Umstand, dass das geplante ad-hoc-Gesetz wegen der bereits seit einem halben Jahr in Posen andauernden Untersuchungen nur rückwirkend in Kraft treten konnte.

Kleist wurde deswegen später wahre Rechtsliebe attestiert: Die gutachterliche Zusammenarbeit von Kronprinz und Gerichtspräsident sei „vom strengsten Rechtsgefühl beseelt“ gewesen, Kleist habe „Rechtsverdunkelung“ und „Übelstände“ in dem politischen Verfahren vermeiden wollen. König Friedrich Wilhelm IV. hingegen

33 Laubert (1922), 352.

34 Collin (2000), 83.

35 Laubert (1922), 355: Das Gutachten sei undatiert. Der Kronprinz habe es Friedrich Wilhelm IV. am 23. Mai 1846 „privatim“ zur Verfügung gestellt. Kleist war 1836 im Zuge einer durch „Gesinnungsauslese“ geprägten Umbesetzung richterlicher Ämter zum Präsidenten des Kriminalsenats am Kammergericht berufen worden; er war „reaktionär“ und Kandidat der restaurativen Hofpartei; Hoderberg (1996), 250. Zuvor Vizepräsident am Oberlandesgericht Glogau, sei er auf die im April 1836 „jetzt politisch sehr wichtige Stelle gesetzt“ worden: „Dieser Mann, eine kalte vornehme Natur, dem die Gabe, eine Sache menschlich zu begreifen, völlig abging, der vielmehr lediglich am Buchstaben klebte, hat den damals wieder aufgelebten Demagogenverfolgungen den Stempel der beschränkten Engherzigkeit aufgedrückt“; er sei „der Antipode“ des liberalen Kammergerichtspräsidenten Grolman gewesen; Holtze (1913), 206; 209.

36 Collin (2000), 83.

37 Von Kleist, nach Laubert (1922), 353.

habe nach politischem Instinkt agiert.³⁸ Diese Zuschreibung stammt freilich aus dem Jahr 1922 der jungen Weimarer Republik und ist geprägt von der damaligen Maßnahmengesetzgebung über Verordnungen, von Stabilitätssehnsüchten und der Heilsflucht in Monarchie und überpolitisches Recht. Die so auf Kleist posthum projizierte, gute 'unpolitische' Ordnung beginnt bereits im Kontrast mit zeitgenössischen Quellen zu changieren: Der Gerichtspräsident sei wegen seiner mit ungewöhnlicher Härte und Grausamkeit geführten Prozessleitung in den ab 1835 am Kammergericht anhängigen politischen Strafverfahren mit dem Beinamen 'der Blutige' bezeichnet worden, „der allenfalls Tausende hinrichten ließe, ohne sich viel umzusehen“;³⁹ „das Kollegium haßt ihn sehr, und er gilt für durchaus servil.“⁴⁰

In seinem Gutachten mühte Kleist sich, das ad-hoc-Gesetz durch einen kleinteiligen Gegenvorschlag vom Tisch zu bringen. Mündliche Verhandlungen würden kostspieligen Transport und aufwendige Unterbringung aller Angeklagten in Berlin nötig machen. Eine Verfahrensbeschleunigung könne man auch dadurch erreichen, dass die Akten strikt nach General- und Spezialakten getrennt und die Generalakten kopiert – gewissermaßen als Reader – in einem „allen Verteidigern zugänglichen Lokal“ bereitgestellt werden würden. Dadurch könnten sowohl die Referenten als auch die Defensoren parallel arbeiten, sodass die „Relationszeit“ insgesamt nicht mehr als vier Wochen beanspruchen dürfte.

Flankiert von solch fixen Einfällen zielte der Kleist'sche Vorschlag vor allem darauf ab, das bisher praktizierte Strafverfahren und die bisher verfolgte Strategie des Einsetzens einer Kommission beizubehalten. Diese Kommission sollte nach Kleist aus Richtern gebildet werden. Diese hatten allerdings eine Hauptaufgabe, der zufolge sie vor allem für Verfahrenseinstellungen garantierten: Aus den Mitgliedern des kammergerichtlichen Kriminalsenats zusammengesetzt, sollte eine solche Kommission nach Posen an den 'Tatort' reisen. Damit versuchte Kleist zunächst einen Anschluss an die vorherige Praxis in politischen Strafverfahren. Denn bereits

38 Laubert (1922), 353; 355.

39 Varnhagen (1861), 98 f., Eintrag vom 12. Juni 1838: „[...] um ihn von so vielen anderen Kleisten zu unterscheiden [...], so daß er bei Hofe das scherzhafte Lob ertragen muß, er sei doch ein Mann, auf den sich die Regierung verlassen könne [...]! Er soll nicht nur auf keine Amnestie angetragen, sondern sie aus allen Kräften verhindert haben.“

40 Varnhagen (1861), 49, Eintrag vom 28. Mai 1837: „Der Präsident Adolph von Kleist soll nun Chef-Präsident des Kammergerichts werden. So rasches Aufsteigen ist selten [...] neulich soll er bei dem Widerspruch einiger Rätthe auf den Tisch geschlagen und heftig gerufen haben, das Kammergericht müsse vor allem durch Gehorsam gegen jeden Befehl der höchsten Behörden sich auszeichnen.“

1819 während der ersten Welle der Demagogenverfolgung hatte der preußische König eine Immediat-Kommission aus Richtern des Kammergerichts und zwei Verwaltungsbeamten berufen.⁴¹ Jene hatte „offiziell die Befugnisse und Pflichten eines Gerichts zugestanden“ bekommen,⁴² in Folge der königlichen Regierung allerdings durch „beharrliche Widerstände“ unter Verweis auf die richterliche Unabhängigkeit und die erforderliche Gesetzlichkeit von Strafverfahren das Regieren schwer gemacht.⁴³ Die nun von Kleist vorgeschlagene neue Immediat-Kommission konnte in ihrer Besetzung nicht mehr auf die liberale Richterschaft aus den 1820er Jahren zurückgreifen⁴⁴ und sollte auch gar nicht die umfassende Kompetenz eines Gerichts erhalten – sie war insofern personell und zuständigkeitshalber entschärft. Weil die Untersuchungen in Posen unter dem Generalverdacht standen, „auf zu weiter als auf zu enger Basis“ geführt zu werden⁴⁵, sollte die Kommission eine einzige Aufgabe wahrnehmen: Die „Angeklagten zu sondern und diejenigen herauszulesen, gegen die überhaupt die Untersuchung fortzusetzen war.“⁴⁶ Die Beschuldigten sollten dabei nach „Komplizität“ klassifiziert werden, worunter im damaligen Sprachgebrauch Formen von Mittäterschaft und Teilnahme verstanden wurden.

Während sich in der preußischen Staatsregierung also auch an dieser Stelle einmal mehr interessen- und personalgeleitete Konkurrenzen auftaten, bestanden zugleich zwei grundsätzliche Probleme als gemeinsame Nenner. Wie war es möglich, die komplexen, chaotischen Untersuchungen auf eine „enge Basis“ zu führen und damit einen operablen Fall zu generieren? Diese Frage beantwortete Kleist mit seinem Vorschlag, eine kategoriale Vorauswahl der Verdächtigen durch die Kommission treffen zu lassen. Aber auch Bodelschwingh wollte „den Gegenstand des Verfahrens beschränke[n]“ und er pries deswegen den Staatsanwalt als Mittel an, „alle diejenigen aus dem Verfahren auszuschließen, die nur geringfügig in die Sache impliziert sind“.⁴⁷

41 Hodenberg (1996), 246.

42 Hodenberg (1996), 246.

43 Hodenberg (1996), 246-249.

44 Zur Veränderung des Justizpersonalpolitik und der Zusammensetzung der Richterschaft in Berlin und Preußen während der 1820er und 1830er Jahre Hodenberg (1996), 249-254.

45 Laubert (1922), 353.

46 Laubert (1922), 353.

47 Collin (2000), 83 und Zitat aus Schreiben Bodelschwingh an Uhden am 21. März 1846, bei Collin (2000), 83.

Die Schlussfolgerung, dass Bodelschwingh „also die unbedingte Pflicht des Richters, bei Kenntnis einer strafbaren Handlung eine Untersuchung einzuleiten, durch das Ermessen des Staatsanwalts ersetzt sehen“⁴⁸ wollte, überzeugt freilich nicht. Denn sie baut eine Opposition zwischen legale und opportuner Entscheidung, zwischen Richter und Staatsanwalt auf, die in dieser Dichotomie im Jahr 1846 noch nicht ausgeprägt gewesen war. Nichts zeigt dies deutlicher als das Gutachten von Kleist selbst. Dessen richterliche Kommission sollte doch genau jenes Ermessen mit der Aufgabe des Aussonderns wahrnehmen. Der Kammergerichtspräsident konnte sich damit immerhin am besten Richter als 'opportune Einsteller' vorstellen.

Das zweite gemeinsame Problem bestand in der Frage, wie das Verfahren so gestaltet werden könne, dass es keine öffentliche Kritik⁴⁹ auf sich zog. Auch hier einten sich die Fronten wieder, denn nicht nur Kleist und der Kronprinz, auch Justizminister Uhden und Innenminister Bodelschwingh teilten die Sorge um die öffentliche Meinung. Während die ersten drei allerdings Widerstand wegen des ad-hoc-Gesetzes befürchteten, das das politische Interesse an dem Strafverfahren gleichsam ungeschützt offen legen würde, scheint für Innenminister Bodelschwingh die politische Natur des Verfahrensgegenstandes unumgänglich offensichtlich gewesen zu sein. Auf Hochverrat berief sich die Anklage, national-demokratisch bewegter Aufstand lautete der Fall. Bodelschwingh sorgte sich vor einem Meinungsumschwung in der Öffentlichkeit, der die Angeklagten zu Märtyrern stilisieren würde und drang deshalb auf eine schnelle Reaktion des preußischen Staates.⁵⁰

Die Intervention des Kronprinzen war trotz Schützenhilfe durch den in der Demagogenverfolgung beschlagenen, blutigen Kammergerichtspräsidenten Kleist nicht erfolgreich. Dessen Vorschlag, für die dringliche Einstellungsarbeit einmal mehr auf Richter in einer Immediat-Kommission zuzugreifen, anstatt dafür eine nicht-richterliche Juristengruppe zu schaffen, entsprach der Offenheit der Lage. Die bisherige Praxis, in der Friedrich Wilhelm IV. und seine Vorgänger als technische Hilfen auf Immediat-Kommissionen vertraut hatten, war auf dem Prüfstand.

48 Collin (2000), 83 und Zitat aus Schreiben Bodelschwingh an Uhden am 21. März 1846, bei Collin (2000), 83.

49 Kleist bei Laubert (1922), 353; er wollte vermeiden, sich und die Regierung dem „[...] Vorwürfe auszusetzen, daß man, um nur die Polen streng bestrafen zu können, einem auf höchst bedenklichem Wege schleunigst extemporierten Gesetz rückwirkende Kraft beigelegt habe.“

50 Collin (2000), 83: Er „befürchtete, daß die öffentliche Meinung [...] von Mitleid gegenüber den Angeklagten geprägt sein werde, welche dann als Märtyrer erscheinen würden. Notwendig sei daher eine rasche Aburteilung.“

Friedrich Wilhelm IV. entschied sich in dieser Situation für erstmals eingesetzte Staatsanwälte. Vielleicht misstraute er der Richterschaft, die gegen seinen Vorgänger in den 1820er Jahren politischen Widerstand geleistet hatte, und vielleicht ging er auch deswegen nicht auf den Kleist'schen Vorschlag einer richterlichen Immediat-Kommission ein. Jedenfalls entschied der König, Bedenken hinsichtlich der rückwirkenden Eigenkraft von Gesetzen seiner Souveränität unterzuordnen. Er erteilte Bodelschwingh offiziell den Auftrag, ein neues ad-hoc-Gesetz auszuarbeiten und zeigte damit auch das feinere politische Gespür: Indem er sich für eine Staatsanwaltschaft in einem mündlichen und öffentlichen Verfahren entschied, setzte er darauf, dass sowohl das Problem des Fallumfangs als auch das Problem der öffentlichen Meinung mit einem Schlag zugleich gelöst werden würde. Er vertraute dabei – wie auch in seiner Entscheidung zur Reform des Eherechts⁵¹ – auf die „Modifizierung des Processes“ und damit einmal mehr auf die Wirkung von Verfahren.

Der Polenprozess als einzelnes Strafverfahren war damit in entscheidender Weise ein Testfeld, ein Experiment, in dem Weichen neu gestellt wurden. Schon der Fall und der Konflikt an sich zeigten ein Problem für den materiell-rechtlichen Tatbestand des Hochverrats auf: Wie konnte man mit dieser Vorschrift einer so großen Masse an Tatverdächtigen und des netzwerkartig von Frankreich nach Ostpreußen geführten Aufstandes Herr werden? Nicht nur die „Neuheit“, sondern auch die „Schwierigkeit einer Rechtsfrage“ und die „Ausweitung strafrechtlicher Vorschriften auf [...] komplexer werdende Lebensbereiche“ bieten Anlass, eine „Lösung“ über ein einzelnes Strafverfahren zu versuchen, das sodann eine „Musterwirkung“, eine „richtungsweisende“ „Leitfunktion“ für zukünftige, ähnliche gelagerte Fälle entfalten soll.⁵² In diesem Sinne war der Polenprozess allerdings nicht nur ein Pilotverfahren zur Klärung einer materiell-rechtlichen Frage, sondern auch das Pilotverfahren schlechthin für eine prozessrechtliche Institution. Der König schickte damals Staatsanwälte auf ein Testfeld, auf dem diese selbst getestet wurden.

II. Der Staatsanwalt

Die noch bestehende Immediat-Kommission hatte zur eigentlichen Aufgabe gehabt, die Inquisitionsergebnisse gebündelt an das Kammergericht abzugeben, das für die

51 s.u. F.I.1.

52 Berg (2005), 66 f.

Leitung des weiteren gerichtlichen Verfahrens zuständig gewesen wäre.⁵³ Die Kommission führte diese Arbeit insoweit zu Ende, als sie die Akten und Ergebnisse dem vom König eingesetzten Staatsanwalt August Wentzel zukommen ließ. Unter dessen Leitung standen nun die Voruntersuchungen. Damit hatte sich etwas Grundlegendes im Strafverfahren geändert: Nun war es Wentzel und kein Untersuchungsrichter mehr, der entschied, welcher Fall – unter den neuen Verfahrensregeln des ad-hoc-Gesetzes – für die Versetzung in den Anklagestand und die Hauptverhandlung in Betracht kam.⁵⁴

Wie er dabei vorzugehen hatte, schilderte er in einer „nichtamtlichen Vorbemerkung“⁵⁵ zu seiner Anklageschrift. Diese Vorbemerkung stieß in ihrer normativen Aussage zum problematisch gewordenen Kern der Verfahrensänderung vor, nämlich zur Abgrenzung der staatsanwaltschaftlichen gegenüber der richterlichen Entscheidung. Wentzel entschied darüber, „gegen welche Personen förmliche Anklage zu erheben sei“⁵⁶ und nahm so genau jene sondierende Filterfunktion wahr, nach der angesichts der ausufernden Inquisitionen gefragt war.

Diese Entscheidung sollte aber so wenig wie möglich als eine rechtliche Entscheidung generiert, formuliert und dargestellt werden. Denn eine solche sollte nur der Richter treffen dürfen. Unmittelbar damit war die Hoffnung verbunden, selbst in politischen Strafverfahren eine neutrale Entscheidung „über Schuld und Unschuld“ erhalten zu können: Die Anklageschrift „darf [!] daher nicht eine Relation sein“.⁵⁷

Wie konnte aber eine Entscheidung, bei der der Staatsanwalt „sich der rechtlichen Natur des [...] Falles nach allen Seiten hin bewußt sein muss“ und mit der er sachgemäß eine rechtliche Vor-Entscheidung traf, eine nicht-rechtliche Entscheidung sein? Und wie konnte diese Anti-Mimikry gelingen, wenn der Staatsanwalt August Wentzel frisch aus der Gerichtsbarkeit rekrutiert worden war, sodass selbst ein tradiertes und im 19. Jahrhundert forciertes Hauptmerkmal der rechtlichen

53 Dazu die Kabinetts-Ordre vom 18. Juli 1846 an Bodelschwingh und Uhden, die dieselbe an die Kommission und das Kammergericht weiterzuleiten hatten, abgedruckt bei Julius (1848), Sp. 5.

54 Dem Kammergericht oblag der Beschluss über die Versetzung in den Anklagestand. Wie viele Anträge des Staatsanwaltes auf Versetzung in den Anklagestand durch das Kammergericht abgelehnt wurden, ist nicht recherchierbar. Es ergingen wohl zwei Beschlüsse durch die Anklagekammer des Kammergerichts, zum 10. April 1847 und zum 21. April 1847; auf diese verwies der Staatsanwalt teilweise bei seinen Einstellungen; die Beschlüsse selbst sind archivalisch nicht auffindbar.

55 Wiedergegeben bei Julius (1848), Anmerkung zu Sp. 4.

56 Wiedergegeben bei Julius (1848), Anmerkung zu Sp. 4.

57 Wiedergegeben bei Julius (1848), Anmerkung zu Sp. 4.

Entscheidung – dass sie nämlich nur durch einen Richter im Richteramt falle – sich hier auflöste?

Wentzel schrieb dazu nicht allzu viel, aber es klangen bei ihm dieselben Töne an, wie sie auch von anderen Juristen zu hören waren: Die Darstellung war ausschlaggebend. Die Entscheidung durfte nicht als Relation ausgegeben werden. Der Kontext der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung erforderte also eine Verfeinerung der fachsprachlichen Formung. So schrieb Wentzel – wie auch Kollegen für die Anklage „präzise Andeutungen“ und einen „mehr referierend[en]“ Stil vorschlugen⁵⁸ –, dass der Staatsanwalt mit der Anklageschrift keine rechtliche Begründung seiner Strafanträge liefern dürfe. Stattdessen solle er dort die „That nach seiner [...] geschöpften Ansicht“ darstellen und die Beweismittel darlegen, nicht aber bereits den „Thatbestand“ entwickeln.⁵⁹ Anstatt mithilfe abstrakter und dogmatischer Begriffe den rechtlichen Tatbestand festzustellen, sollte der Staatsanwalt also präzise die konkret ermittelte Tat beschreiben. Die rechtliche Konstruktion des Sachverhalts mithilfe der Normen war für diesen Vorgang unabdingbar, aber sie durfte nicht offen gelegt werden, nicht wirklich stattfinden.

Andererseits, so äußerte sich Wentzel später im Verlaufe der Verhandlung, bestehe ein natürlicher Unterschied zwischen der Anklageschrift und der Verteidigungsrede: Der Staatsanwalt dürfe die Anklageschrift nicht in ein rhetorisches Gewand hüllen, auch wenn er noch sehr wünschte, sich „des oratorischen Schmuckes bedienen zu dürfen“.⁶⁰ Die Rhetorik des Staatsanwaltes war demnach zwar die der Juristen und der Justiz – eine Rhetorik der als unpolitisch ausgegebenen, sachlichen 'Anti-Rhetorik' nämlich⁶¹ – aber zugleich nicht die Urteils-Rhetorik des Richters. Gerade durch diese Mischung allerdings schlug der Staatsanwalt eine kommunikative Brücke von dem Vorverfahren zu dem Richter der Hauptverhandlung.

Zu solch einer nichtamtlichen Vorbemerkung, gewissermaßen ein obiter dictum seiner Anklage, sah sich der neue Staatsanwalt Wentzel genötigt. Dass der Polenprozess das Pilotverfahren für preußische Staatsanwälte in Strafsachen, dass deren Prozessbeteiligung in Berlin tatsächlich neuartig war, zeigte sich auch daran, dass Wentzel in die Anklageschrift eine ausführliche Schilderung des bisherigen

58 So formulierten Jagemann und Bomhard, s.u. D. II., III.

59 Wiedergegeben bei Julius (1848), Anmerkung zu Sp. 4.

60 So Wentzel bei Julius (1848), Sp. 323.

61 s. Sobota, Katharina: Sachlichkeit. Rhetorische Kunst der Juristen, Frankfurt am Main 1990, passim.

Verfahrensablaufes integrierte: In der offiziellen Einleitung klärte er auch darüber auf, wann und auf welcher Grundlage die Immediats-Kommission abgesetzt und „der Staatsanwalt“ in das Verfahren eingeschaltet worden war. Diese Einleitung – aus heutiger Sicht während eines bereits laufenden Verfahrens in der Anklageschrift ein Absurdum – ist mitsamt der nichtamtlichen Vorbemerkung die erste, offizielle Äußerung eines preußischen Staatsanwaltes zu seinen Aufgaben und seiner Arbeit. Der neue Funktionär im Strafverfahren erklärte sich damit selbst.

Von einer de-personalisierten 'Staatsanwaltschaft' oder gar einer Behörde war dabei kaum die Rede, konnte es auch kaum sein. Wentzel nannte zunächst stets nur den 'Staatsanwalt' und kam erst später während der laufenden Verhandlungen auf eine 'Staatsanwaltschaft' zu sprechen: Ihm standen noch keine Kollegen zur Verfügung, sondern er war – fast – allein.

August Wentzel hatte bereits einen passablen Karrierelauf als Richter hinter sich,⁶² als er im Sommer 1846 zum Staatsanwalt berufen wurde. Justizminister Uhden schlug ihn dem König als Erstbesetzung für die Stelle des Staatsanwaltes am Kammergericht vor.⁶³ Er sei „ein in jeder Hinsicht ausgezeichneter Beamter“ mit 24jähriger Dienstzeit, der sich auf jedem seiner Posten als „sehr tüchtiger Arbeiter bewährt“ habe und „ganz dazu geeignet“ sei, „das öffentliche Interesse zu vertreten“. Savigny sei von dem Personalvorschlag in Kenntnis gesetzt und habe nichts dagegen „zu erinnern“ gehabt.

Im gleichen Zuge brachte Uhden Julius Hermann von Kirchmann als Staatsanwalt für eine zweite Stelle, am Stadtgericht Berlin an. Der König stimmte beiden Vorschlägen zu⁶⁴. Bereits im Amt, wandte sich Staatsanwalt Wentzel nochmals an seinen „Allerdurchlauchtigsten und großmächtigsten König, allergnädigsten König und Herr!“, um seinen „allerunterthänigsten Dank“ für seine Bestallung und das Gesetz vom 17. Juli 1846 zu erweisen.⁶⁵ So stellte Wentzel zusammen mit Kirchmann die

62 1825 Direktor des Land- und Stadtgerichts Trebnitz; 1831 Oberlandesgerichtsrat in Marienwerder, später in Breslau; 1832 Direktor des Landgerichts in Breslau; 1836 Direktor des Fürstentumsgerichts in Neisse; 1840 Direktor des Land- und Stadtgerichts Halle; 1842 Direktor des Stadtgerichts Berlin; parallel dazu ab 1844 Vortragender Rat für Gesetzesrevision im preußischen Justizministerium und ab 1845 „Hilfsarbeiter“ am Geheimen Obertribunal; s. Pierer's Universal-Lexikon (1865), 97.

63 Schreiben von Uhden an den König vom 25. Juli 1846, GStA PK, I. HA Rep. 89, Nr. 17089, Folie 67 und 68.

64 Schreiben vom König an Uhden vom 10. August 1846, GStA PK, I. HA Rep. 89, Nr. 17089, Folie 69.

65 Schreiben von Wentzel an den König vom 9. September 1846; GStA PK, I. HA Rep. 89, Nr. 17089, Folie 70. Ein ähnliches Dankeschreiben von Kirchmann ist dort nicht dokumentiert.

erste 'Staatsanwaltschaft' für Strafverfahren in Berlin dar⁶⁶ – ein lediglich zwei-Mann starkes Unternehmen, so scheint es zunächst.

Wentzel begab sich zu Beginn seiner Amtszeit zunächst auf Dienstreise in die Rhein-Provinzen, um dort die nach französischer Gerichtsverfassung und französischem Prozessrecht ablaufenden Strafverfahren zu beobachten.⁶⁷ In diesen Verfahren vertrat ein Prokurator die Anklage in einer öffentlich-mündlichen Hauptverhandlung. Über diese Erfahrungen erstattete Wentzel anschließend im Herbst 1846 Bericht beim Justizministerium. Er sprach sich darin für ein öffentlich geführtes Strafverfahren aus⁶⁸ und gestaltete damit noch vor dem ersten Praxiseinsatz den eigenen Arbeitsbereich aktiv mit.

Bereits im Frühjahr 1847 agierte Wentzel dann öffentlich wahrnehmbar als Staatsanwalt. Dies tat er im sogenannten 'Tumult-Prozess', der die Berliner Stadtunruhen vom April 1847 abwickeln sollte. Das wiederum war ein ungeplanter Einsatz der noch unerfahrenen Staatsanwälte von recht großer Dimension: Vor dem Kriminalsenat des Kammergerichts, Abteilung schwere Verbrechen, fanden im Mai 1847 Strafverfahren gegen zirka 100 Angeklagte statt, bereits im öffentlich-mündlichen Anklageprozess.⁶⁹ Die Angeklagten hatten sich auf den Berliner Wochenmärkten aus Wut über exorbitante Preiserhöhungen – insbesondere für Kartoffeln – und aus schierem Hunger an Plünderungen und Massenschlägereien beteiligt. Gewissermaßen als Eigendynamik des vormärzlichen Alltags schoben sich diese Ereignisse zwischen die Verfahrens- und Arbeitsplanung des königlichen Gesetzgebers und seinen Staatsanwälten. Kaum im Büro, waren Wentzel und Kirchmann mit unerwartetem Arbeitsanfall konfrontiert.

Wentzel wurden im Vorfeld der Hauptverhandlungen die Verhafteten vorgeführt und er ließ Offiziere zur Vernehmung vorladen. Die Vertretung der Staatsanwaltschaft im Gerichtssaal aber nahm ein Kammergerichtsassessor namens Dr. Heinrich Friedberg

66 Kirchmann hat sich in das juristische Gedächtnis durch seinen Vortrag, der „sensationellen“ „Grabrede [...] der historischen Schule“ vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin 1847 eingebrannt; dem ist wohl auch geschuldet, dass er allein als der „erste Vertreter“ der preußischen Staatsanwaltschaft memoriert wird; s. Stintzing/Landsberg (1910/1978), 737.

67 Collin (2000), 95.

68 Collin (2000), 95, Fn. 27: Der Bericht ist vom 25. September 1846 (GStA PK, I HA, Rep. 84a, 2.5.1., Nr. 9769, Bl. 42 ff., 43 RS).

69 Der Publicist (1847), 156 ff. Der Publicist berichtete ab 1845 als Gerichtszeitung aus Berlin und ist damit eine der wenigen Quellen für den Gerichtsalltag in dieser Zeit. Denn die Prozessakten zu den Tumult-Verfahren sind, ebenso wie Akten zu anderen Strafalltagsgeschäften – anders als die Akten zu den 'großen' politischen Strafverfahren vor dem Kammergericht als Staatsgerichtshof – nicht archiviert worden.

wahr. Diesem übertrug Wentzel die Leitung des Tumult-Prozesses, weil er selbst bereits planmäßig mit der „Zusammenstellung der Anklageschrift“ für den Polenprozess beschäftigt war, die „seine ganze Zeit in Anspruch“ nahm.⁷⁰

Friedberg war bei Uhden im Justizministerium seit Juli 1845 beschäftigt.⁷¹ Seit dem 1. Oktober 1846 war er Wentzel als „Stellvertreter und Gehülfe[...] zugeordnet“⁷². Im Justizministerium war Friedberg zuvor einer der hauptverantwortlichen Autoren der Entwürfe des Gesetzes vom 17. Juli 1846 gewesen.⁷³ Das dafür nötige Fachwissen hatte er in der Gerichtspraxis erworben⁷⁴ und solches setzte er dann auch später wieder ein: Er trat seit 1847 in den Berliner Gerichtssälen für die Anklage in Strafsachen auf⁷⁵ und machte seine Arbeit dort so gut, dass Wentzel für ihn nach Abschluss des Tumult-Prozesses die „Verleihung des rothen Adler-Ordens vierter Klasse“ beim König erbitten ließ.⁷⁶

Diesen Vorgang nutzte Wentzel aber auch, um über seinen Abschlussbericht zum Tumult-Prozess mitteilen zu lassen, dass das „neue Institut der Staats-Anwaltschaft schon in der ersten, also schwierigsten Zeit sich so gestaltet hat, daß es den gehegten Erwartungen entspricht“: Das „Institut“ habe sich „bewährt“.⁷⁷

Damit wird deutlich, dass das 'Institut' einer Staatsanwaltschaft in Preußen tatsächlich über die ersten Verfahren erprobt wurde und diese Prüfung trotz äußerst dünner Personaldecke auf lokaler Ebene in Berlin bestand. Noch während der eigentliche Anlass des ad-hoc-Gesetzes, der Polenprozess, sich in den ersten Verfahrensabschnitten befand, ergab sich mit den Berliner Stadtunruhen, die ex post

70 Schreiben von Uhden an den König vom 5. Juli 1847; GStA PK, I. HA Rep. 89, Nr. 17089, Folie 121 und 122.

71 Collin (2000), 73 f.

72 Schreiben von Uhden an den König vom 5. Juli 1847; GStA PK, I. HA Rep. 89, Nr. 17089, Folie 121 und 122.

73 So die überzeugende These von Collin (2000), 74 ff; insb. 79. Friedberg agierte demnach in anachronistischer Betrachtung als Ministerialreferent.

74 Hinweis bei Collin (2000), 74, auf seine Arbeit am Obergericht; dazu B. II. 2.

75 Der Publicist (1847), 114: Etwa in einer Sitzung am 5. März 1847 oder am 31. März 1847.

76 Anlass des Schreibens von Uhden an den König vom 5. Juli 1847; GStA PK, I. HA Rep. 89, Nr. 17089, Folie 121 und 122. Uhden unterstützte die Bitte zwar inhaltlich, weil sich Friedberg auch unter ihm im Justizministerium „volle Zufriedenheit erworben“ habe und „überhaupt ein ausgezeichnete junger Mann“ sei; dann allerdings machte Uhden interne Personalbedenken geltend: Friedberg sei erst seit 1841 Kammergerichts-Assessor und „ein sehr tüchtiger Rath im Justiz-Ministerium“ warte noch auf eine solche Auszeichnung. Er bat deswegen darum, dass der Antrag „noch“ ausgesetzt werde und der König Friedberg stattdessen „in einem Allerhöchsten Erlaß die Allerhöchste Zufriedenheit zu erkennen“ geben möge. Ein solcher Erlass wurde dann auch verfasst, s. Folie 123, 124 und 125. Kirchmann war ein Orden dieser Klasse 1844 verliehen worden, s. Wiethölter (1988), 51.

77 Schreiben von Uhden an den König vom 5. Juli 1847; GStA PK, I. HA Rep. 89, Nr. 17089, Folie 121 und 122.

zur Kartoffelrevolution ernannt wurden, im April 1847 bereits ein erster unerwarteter Probelauf für die neue Einrichtung. Obwohl Staatsanwalt Wentzel in diesen weniger umfangreichen, aber doch zahlreichen Verfahren wegen der obligatorischen Vorbereitung des Polenprozesses selbst kaum aktiv arbeiten konnte, griff er nachträglich zu einer sehr aktiven Standespolitik: Er erstattete nicht nur obligatorischen Bericht beim König, sondern rühmte dort sowohl seinen Stellvertreter Friedberg als auch den Nutzen seiner Arbeitsstelle. Hier zeigte sich, dass eine Staatsanwaltschaft mehr als genug Arbeit in Strafverfahren haben würde, sodass sie bereits in ihrer „ersten [...] Zeit“ mit dem Personal jonglieren musste. Es zeigte sich aber auch, dass der Staatsanwalt selbst versuchte, aktiv auf die Personalpolitik seines Instituts einzuwirken.

Wentzel und Kirchmann blieben nicht lange bei den Berliner Gerichten. Die Strafbeförderung Kirchmanns, der am 7. Juli 1848 auf einen Richterposten am Oberlandesgericht Ratibor versetzt wurde, ist wegen ihrer explizit politischen Dimension noch am prominentesten memoriert: Kirchmann geriet im Mai 1848 in einen Konflikt, der ihn die Stelle als Staatsanwalt kostete. Anlass war das Strafverfahren gegen den Studenten Gustav Schlöffel, der von Kirchmann am Kammergericht wegen Aufruhr angeklagt worden war. Das von Kirchmann beantragte Strafmaß war wesentlich milder als das schließlich im Urteil festgestellte⁷⁸ und Kirchmann sah sich alsbald zwei Fronten gegenüber: Er „demonstriert den rechtsstaatlichen Umgang mit der politischen Opposition auf so eindrucksvolle und neuartige Weise, daß er [...] zwei große Lager gegen sich aufbringt, die 'Regierung' wegen der falschen Milde, die linke Opposition wegen der flexibel-differenzierten Einlassungen“.⁷⁹ Mit der Versetzung nach Ratibor verlor Kirchmann sein an den Wahlkreis gebundenes Mandat in der Nationalversammlung, das er erst im Mai 1848 gewonnen hatte. Dieses Vorgehen – Versetzung über eine Beförderung mit der Folge des Mandatsverlusts – war kein Einzelfall der preußischen Personalpolitik, sondern eine Strategie, sich politisch liberaler Juristen zu entledigen. Sie wurde 1848 so zumindest auch im Fall von Jodocus Temme praktiziert: Temme war zum 16. Mai 1848 als Staatsanwalt beim Berliner Kriminalgericht berufen worden, wegen seiner Arbeit als Abgeordneter in der linken Fraktion aber öffentlich als „Verräter des Königs“ verleumdet und bereits wieder zum 7. Juli 1848 an das Oberlandesgericht

78 s.a. Scheerer (1993), 17.

79 Wiethölter (1988), 53.

Münster als Vizepräsident 'befördert' worden.⁸⁰ Sein Fazit zu diesem praktischen Intermezzo fiel 1850 entsprechend herb aus: „Die Staatsanwaltschaft, die in Preußen Gesetz geworden war, empfand er [...] als 'willenloses Werkzeug in der Hand der Regierung', der 'der Angeklagte mehr als Opfer, denn als Gegner unterworfen war'“.⁸¹ Zwischen Wentzel und Kirchmann war Temme eine personelle Interimslösung von kürzester Dauer,⁸² die aber in ihrem tatsächlichen Ablauf und in den biographischen Daten Ähnlichkeiten zu den Amtsvorgängern aufwies.

Weitaus weniger bekannt als Kirchmanns spektakulärer Abgang aus Berlin ist die Tatsache, dass in Ratibor bereits August Wentzel auf ihn wartete. Jener war bereits am 4. April 1848 zum Präsidenten des Oberlandesgerichts Ratibor ernannt worden und dafür vom neuen Justizminister Bornemann vorgeschlagen worden: Sein Name habe in Schlesien „einen guten Klang“, er kenne die hiesigen „Verhältnisse“ und würde das Präsidium sicher mit der „erforderlichen Energie“ führen.⁸³

Auf den dadurch frei gewordenen Posten des Staatsanwalts am Kammergericht Berlin wurde dann zum 10. April 1848 Kirchmann befördert, bis ihn eben seine vermittelnde und milde Anklage im Schlöffel-Prozess im Mai 1848 in politische Turbulenzen stürzte, in königliche Ungnade und an das Oberlandesgericht Ratibor brachte. Sein eigentlicher Nachfolger in Berlin wiederum wurde Julius Johann Ludwig Ernst Sethe, der zum Ersten Staatsanwalt sowohl beim Kammergericht als auch beim Berliner Kriminalgericht bestellt wurde und sich dort halten konnte.⁸⁴

Die ersten Staatsanwälte Preußens waren in Ratibor nun wieder Richter, und die Zeit als Staatsanwalt war in beiden Biographien nur episodenhaft. Ob Wentzel in Ratibor zu denjenigen Kollegen Kirchmanns gehörte, die gegen ihn agierten⁸⁵? Wentzel wurde erst nach seiner Beförderung auf den obersten Posten in Ratibor in die

80 Peters (2010), 25-29; passim: Zur Biographie von Temme als Hintergrund für seine Reformvorschläge zum Strafprozess.

81 So, ohne einen Zusammenhang zwischen Biographie und Reformtexten herzustellen: Peters (2010), 150.

82 Entsprechend taucht er zumindest in den hier herangezogenen Archivalien des GStA nicht auf.

83 GStA PK, I. HA Rep. 89, Nr. 17364, Folie 183 und 193; s.a. Schreiben von Justizminister Bornemann an den König, datiert auf den 9. April 1848, in dem er Kirchmann für die vakant gewordene Stelle vorschlug; GStA PK, I. HA Rep. 89, Nr. 17040, Folie 49.

84 Die Stellen wurden nach den Episoden Wentzel und Kirchmann zusammengeführt; s. Schreiben Maerker an den König vom 18. August 1848; Bestallung Sethe vollzogen am 28. August 1848; GStA PK, I. HA Rep. 89, Nr. 17089, Folie 143 und 144.

85 s. Schmidt-Weißenfels (1862), 53; Wiethölter (1988), 54: „[...] tieffrostiger Alltag für Kirchmann in Ratibor (bes. im Gericht) [...]“. Zu Kirchmanns Suspension 1850 und zu seinem 'Diensturlaub' 1855 vom Amt des Vizegerichtspräsidenten in Ratibor: Stintzing/Landsberg (1910/1978), 737; Sternberg (1906), 171; Wiethölter (1988), 55; Scheerer (1993), 26 f.; Ormond (1994), 28.

preußische Nationalversammlung gewählt.⁸⁶ Anders als im Fall Kirchmann und Temme scheint seine Beförderung zumindest in diesem Lichte betrachtet eine echte Karrierebeförderung und keine politische Strafbeförderung mit Mandatsverlust gewesen zu sein.

Wentzel war in Ratibor kaum anwesend, denn als Abgeordneter der Preußischen Nationalversammlung und des preußischen Abgeordnetenhaus hielt er sich in dieser Funktion jährlich sechs Monate in Berlin auf.⁸⁷ Als Abgeordneter habe er zu den Linken gehört und während der reaktionären Ära Manteuffel in den 1850er Jahren „an der Spitze der parlamentarischen Opposition“ gestanden.⁸⁸ In einem politischen Rückblick 1849 beschrieb Wentzel seinen Standpunkt im Vormärz als einen gemäßigt-liberalen.⁸⁹ Er kommentierte in diesem Rückblick auch die „öffentlich-mündliche Rechtspflege“, deren Probeläufe er in Berlin mit gestaltet hatte: Das reformierte Strafverfahren bewertete er zwar als Teilerfolg, der allerdings schon in die Zeit des Reformrückzuges der preußischen Regierung gefallen sei, als eine der „Einzelheiten“, die „nur [...] unter begünstigenden Zufälligkeiten zur Ausführung kamen“⁹⁰. Ob der Polenaufstand in Wentzels Augen ein solch 'begünstigender Zufall' gewesen war? Wesentlich später behauptete man, dass der Aufstand „eine Situation geschaffen“ habe, durch die der „Sanktionsapparat“ genötigt worden sei, neue „Entlastungswege zu suchen, wenn er nicht seine eigene „Ungedecktheit“ bloßgestellt sehen wollte.“⁹¹

Zufall oder Planung – auffällig ist jedenfalls, dass die ersten Staatsanwälte in Berlin schon vor ihrem Dienstantritt exzellente Juristen und Richter im Staatsdienst gewesen waren, im Parlament – weniger (Wentzel) bis stark (Kirchmann) geprägt – dem linken Lager angehörten und jeweils nur sehr kurze Zeit als Staatsanwalt

86 Pierer's Universal-Lexikon (1865), 97.

87 Sternberg (1906), 171.

88 Pierer's Universal-Lexikon (1865), 97. Er blieb politisch weiterhin gut vernetzt und positioniert, denn unter der neuen Regentschaft von Prinz Wilhelm sollte Wentzel 1860 zum preußischen Justizminister ernannt werden – verstarb dann aber, bereits designiert; Pierer's Universal-Lexikon (1865), 97. Wentzel war deswegen, im Vergleich zu Kirchmann, sicher der angepasstere von beiden – Kirchmanns bis 1860 dauernder 'Diensturlaub' war unter der Auflage genehmigt worden, er dürfe ihn nicht zur politischen Agitation missbrauchen, Wiethölter (1988), 55. Solche traute man Wentzel offenbar nicht zu. Bei Hodenberg (1996) wird Wentzel als „langjähriger Direktor des Untergerichts in Neiße“ erwähnt, 265.

89 Wentzel (1849), 36 ff. Als „liberaler Konstitutioneller“ habe er in der Zweiten Kammer des Landtags dem Zentrum angehört: „Ich that, was ich auf meinem Standpunkte innerhalb der Schranken des Gesetzes thun konnte, der Willkür entgegen zu treten und liberale Richtungen zu unterstützen“, 40.

90 Wentzel (1849), 39.

91 Blankenburg/Treiber (1978), 169 f.

fungierten. Alle waren als Abgeordnete der preußischen Nationalversammlung populär.

Wentzel und Kirchmann erreichten ihre erste Bekanntheit aber wohl erst durch die politischen Strafverfahren, in denen sie als Staatsanwälte die Anklage führten. Für Kirchmann wird seine „Popularität, welcher [er] sich [...] als Staatsanwalt erfreute“, sogar als „Ursache“ für seine Wahl 1848 in die preußische Nationalversammlung ausgemacht.⁹² Wentzel war erst als Leiter der Anklage im „großen Polenprozesse“⁹³ zu dem „nachher so bekannt gewordene[n] Herr[n] Wentzel“⁹⁴ geworden.

Ähnliche Biographien wie diejenige von Kirchmann sind dem juristischen oder gar populären Diskurs zur Staatsanwaltschaft nicht erhalten geblieben.⁹⁵ Einzig sehr viel später tauchte mit Fritz Bauer⁹⁶ noch einmal ein Ankläger auf, der gerade durch die von ihm betriebenen Verfahren – Remer-Prozess, Auschwitz-Prozesse – zu einer populären Identität gelangte, die Öffentlichkeit suchte, in vielerlei Hinsicht rechtspolitisch agierte und auch mit einer politischen Partei (SPD) verbunden wurde. Der politisch-agierende, der Öffentlichkeit sich mitteilende und unter einer persönlichen Identität bekannte Ankläger als Vertreter der Staatsanwaltschaft war bereits mit Kirchmanns Episode – und nicht weiter erinnert auch mit Wentzel und Temme – als strukturelle Möglichkeit fehlgeschlagen. Ein Staatsanwalt, der zugleich ein gewählter Volksvertreter war,⁹⁷ wurde in den labilen 1848er Jahren, in denen sich ein „Abschied von gestern“⁹⁸ ankündigte, vielleicht als eine attraktive Möglichkeit

92 Schmidt-Weissenfels (1862), 49.

93 Pierer's Universal-Lexikon (1865), 97.

94 So mit abschätzigem Unterton Karl von Prittwitz, in: Berlin 1848. Das Erinnerungswerk des Generalleutnants Karl Ludwig von Prittwitz und andere Quellen zur Berliner Märzrevolution und zur Geschichte Preußens um die Mitte des 19. Jahrhunderts, Berlin 1985, 80.

95 Kiesow (2005), 143 verweist auf die bayerischen Staatsanwälte Josef Hartinger und Carl Wintersberger, die 1933 Ermittlungen von Todesfällen im KZ Dachau forciert hatten. Dieser Hinweis erfolgt aber unter dem Stichwort „ähnlich unabhängige Köpfe wie Kirchmann“, was vorliegend kein Kriterium war. Es wurde nach Persönlichkeiten gefragt, die dem juristischen Diskurs bekannt erhalten geblieben sind und die eine evidente Schnittstelle mit der populären Öffentlichkeit besaßen.

96 Erste biographische Skizze durch Ilse Staff: Fritz Bauer (1903-1968) – Im Kampf um des Menschen Rechte, in: Blanke, Thomas (Hg.), Streitbare Juristen – eine andere Tradition, Baden-Baden 1988, 440-450; den nicht vorhandenen Nachlass zusammengeklaut hat Irmtrud Wojak: Fritz Bauer (1903-1968) – eine Biographie, München 2009. Zu Bauers Leben und Arbeit nach 1945 in der BRD: Ronen Steinke, Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht, München 2013; Katharina Rauschenberger (Hg.), Rückkehr in Feindesland? Fritz Bauer in der deutsch-jüdischen Nachkriegsgeschichte, Frankfurt am Main 2013.

97 Dies freilich im Parlament, und nicht durch Wahl in sein Juristenamt. Ähnlich wie im Bereich der Schwurgerichte klingt aber auch hier eine Reminiszenz an ein Strafverfahrensmodell an, wie es sich dann im Common Law ausprägte, etwa durch die Lokalwahl des district attorney oder prosecutor attorney in den Vereinigten Staaten von Amerika.

seitens der Regierung wahrgenommen, weil mit ihm Strafverfahren in jeder Hinsicht 'populär' abgewickelt werden konnten.⁹⁹

Eine aktive Prägung des staatsanwaltschaftlichen Amtes durch einen mit Mandat und Charisma ausgestatteten Amtsinhaber stellte sich aber alsbald für monarchische Regierung und Justiz als politische Störung heraus. Kirchmann, Wentzel und Temme gehen demnach eher als die fehlgeschlagene Erstbesetzung in die Geschichte der Staatsanwaltschaft ein. Ihre Episoden bilden die Negative des staatsanwaltschaftlichen Amtes ab, wie es sich in der Folgezeit etablierte. Wo ein Kirchmann durch seinen Anspruch auf eine tatsächlich selbstständige Anklage gegenüber den verschiedenen Strafverfolgungspolitiken und auf eine, neben dem Amt stehende, aktive politische Abgeordnetenarbeit nur in Widerspruch zur monarchischen Regierung geraten konnte, stilisierten Juristen den Richter und die Gerichte später als unpolitisch erkennende,¹⁰⁰ anonyme Kollegien. Diese Fixierung der Justiz auf das Richteramt und auf das erkennende Gericht als ein unpersönliches Kollegium bot weder der Person und Persönlichkeit des Staatsanwaltes noch seiner offenen politischen Agitation Platz. Die stille Gewalt und die Politik kamen sich hier entgegen. Zwischen ihnen, in der Verwaltung des Strafrechts, verschwand der Staatsanwalt als Mandatsträger und Person.

III. Der Prozess

Noch hatte August Wentzel aber den großen Polenprozeß vor sich, einen „Riesenprozeß, wie ihn noch keine deutsche Stadt vor dem Forum der Öffentlichkeit gesehen hatte“¹⁰¹, und der ihn populär machen sollte. Das Verfahren sollte seinen Höhepunkt in der öffentlich-mündlichen Hauptverhandlung haben und damit die politischen Hoffnungen sowohl der monarchischen Regierung als auch der Juristen erfüllen.

98 So lautete der Titel des Spielfilmdebüts (1966) von Alexander Kluge, in dem Fritz Bauer in der 'Rolle' eines Staatsanwalts auftrat. Kluge spielte mit dem „Abschied von gestern“ gegen das Stichwort der 'Stunde Null' an, das einen epochalen, totalen gesellschaftlichen Bruch mit dem NS-Regime und -system nach 1945 suggerierte, während es einen solchen gerade in der Justiz der BRD nicht gegeben hatte, sondern stattdessen – nicht nur personelle – Kontinuität und alte Netzwerke weiter vorherrschten.

99 Dafür spricht, dass auch der links-liberale Temme – zu seiner eigenen Überraschung – als Nachfolger Kirchmanns zum Staatsanwalt am Berliner Kriminalgericht berufen wurde; s. Peters (2010), 23.

100 Dazu Ogorek (1986/2008), 292 ff.

101 Illustrierter Kalender (1850), 63.

1. Die Einstellungen

Bevor es überhaupt zu dem öffentlichen Verfahren vor dem Berliner Kammergericht kam, wurde in mehreren arkanen Schritten vorweg die Untersuchungs- und Fallmasse des Polenprozesses erheblich reduziert. Wentzel hatte von den Untersuchungsrichtern in Posen und über die abgesetzte Immediat-Kommission die Untersuchungsakten erhalten. Dann war er zusammen mit drei beigeordneten Gehilfen – allesamt Gerichtsassessoren, darunter höchstwahrscheinlich auch Heinrich Friedberg – dem königlichen Auftrag gefolgt und hatte eine eigene Auswahl vorgenommen, die in Listen wie „derer, gegen die sich eine Anklage nicht begründen lässt“¹⁰² niedergeschrieben und geordnet wurde. Wentzel selbst befand sich dafür Anfang November 1846 wohl in Posen auf Dienstreise.¹⁰³ So waren zwei Bände einer „Liste verdächtiger, aber nicht angeklagter Personen“ und drei Bände mit der „Auswertung der Untersuchungsakten nach verhafteten, aber nicht angeklagten Personen“ entstanden.

Unter einer weiteren „Auflistung der verhaftet gewesen und außer Anklage gelassenen Personen“¹⁰⁴ führte man 253 Personen auf, die frühestens von November 1845 an bis spätestens Ende Januar 1847 in Haft gewesen und dann entlassen worden waren. Eine Begründung für ihre Entlassung wurde in dieser Liste nicht angegeben – lediglich die Daten, die den Zeitraum von den ersten polizeilichen Ermittlungen bis zum Moment der Kompetenzübertragung an Staatsanwalt Wentzel umfassen, könnten für sich sprechen. Zwei Wochen Haftdauer oder über ein ganzes Jahr – alles war möglich, und die Liste zeigt eine rege Fluktuation: Während ein Verdächtiger wieder entlassen wurde, hatte man einen anderen gerade erst inhaftiert. Diese Personen waren mit denjenigen, gegen die später keine Anklage erhoben wurde, nicht identisch. Sie bildeten gewissermaßen noch den suchenden Fokus der polizeilichen Ermittlungen ab und waren für den Staatsanwalt nicht weiter interessant. Er hatte aber die Aufgabe der Registratur und so bekamen auch die fluktuierenden Häftlinge einen Platz in den von ihm geführten Akten des Verfahrens. Während so zuvor bereits 253 Personen in Haft genommen und wieder aus ihr entlassen worden waren, ergab sich in einem weiteren Verfahrensabschnitt, dass

102 GStA PK, I. HA Rep. 97, Nr. 4686.

103 Jedenfalls verfasste er von dort aus knappe Mitteilungen über neue Ermittlungsergebnisse, die in den „Materialien zum ersten Abschnitt der Anklageschrift gegen die Theilnehmer an der polnischen Verschwörung“ erhalten geblieben sind; s. GStA PK, I. HA Rep. 97, Nr. 4704.

104 GStA PK, I. HA Rep. 97, Nr. 4703.

gegen andere Personen zwar ermittelt, aber keine Anklage erhoben wurde. Diese 'Einstellungs-Vorgänge' wurden in einer zweibändigen Liste „derer, gegen die sich eine Anklage nicht begründen läßt“¹⁰⁵ gesammelt. Vorbereitet und begleitet wurden diese Entscheidungen durch juristische Probegutachten, die wiederum in drei Bänden¹⁰⁶ gesammelt wurden.

Die Sammlung der Einstellungen wurde, mit alphabetischem Register ohne Seitenzahl versehen, genauer und ausführlicher geführt als die Liste der Haftfälle. Die Einträge in jener Liste betrafen in Band I 306, in Band II 258 und damit insgesamt 564 Personen. Darunter waren auch Tatverdächtige registriert, die geflohen oder inzwischen verstorben oder die „nur irrthümlich in die Listen der unter Verfolgung gestellten Personen“¹⁰⁷ aufgenommen worden waren.

Diese Liste stellte vor allem eine Sammlung von Einstellungsentscheidungen dar. Neben den Grunddaten des Verdächtigen – wie Name und Wohnort – wurde auch registriert, ob der Verdächtige überhaupt verhaftet worden war und damit dem gerichtlichen Verfahren zur Verfügung stand.¹⁰⁸ Unter der Rubrik „Zu welcher Kategorie zugehörig“ ist offenbar registriert worden, ob und in welcher der Unterorganisationen des Aufstandes der Verdächtige Mitglied gewesen war.¹⁰⁹

Am umfangreichsten dokumentierte man aber, „wodurch er verdächtigt geworden“¹¹⁰ war oder „was gegen ihn vorliegt“¹¹¹. Die Einträge unter dieser Spalte glichen einer näheren Begründung der Entscheidung des Staatsanwaltes, und mit ihnen näherte sich der Staatsanwalt einer juristischen Arbeit mit einem eigenen Begründungsaufwand. Denn diese Eintragungen liefen oft wortwörtlich in die nächste Spalte über, die eigentlich separat geführt werden sollte: „Aus welchen Gründen er außer Verfolgung zu lassen“ sei.¹¹²

105 Bd. I: GStA PK, I. HA Rep. 97, Nr. 4685; Bd. II: GStA PK, I. HA Rep. 97, Nr. 4686.

106 Über „die aus den Acten, gegen die bei der im Großherzogthum Posen entdeckten Verschwörung beteiligten und einstweilen außer Verfolgung gelassenen Personen, angefertigten Referate“; Bd. I: GStA PK, I. HA Rep. 97, Nr. 4710; Bd. II: Nr. 4709; Bd. III: Nr. 4708; gesperrtes und unterstrichenes 'einstweilen' nur auf dem Deckel des ersten Bandes.

107 Dieser Irrtum trat mehrmals vor allem wegen „Namensverwechselungen“ auf.

108 Als Optionen für einen Listeneintrag in Spalte Nr. 6 („Ob verhaftet“) standen „Ja“, „Nein“, „entlassen“ oder „flüchtig“ zur Auswahl.

109 Es gibt unter anderem die Eintragungen „3/4. März“, „Centrum“, „Stargardt“ und „Novembrist [?]“.

110 So der Spaltentitel in Bd I.

111 So der Spaltentitel in Bd II.

112 Sp. Nr. 9 und Nr. 10 der Liste; Sp. 9 war mit „Aus welchen Gründen er einstweilen außer Verfolgung zu lassen“ überschrieben. Für die allermeisten Einträge war das 'einstweilen' dann allerdings durchgestrichen und der Eintrag damit definitiv geworden. Hier hatte man sich offenbar zunächst noch alle Möglichkeiten offen halten wollen und erst in einem zweiten Schritt endgültig gegen die Strafverfolgung entschieden.

Soweit ersichtlich und plausibel, wurden diese Begründungen 1846 weder den Betroffenen zugänglich gemacht noch besaßen sie überhaupt irgendeine öffentliche Funktion – sie dienten allein der internen Verwaltung der Fälle und der Rechtfertigung ihrer Entscheidungen. Man bemühte sich bei diesen Listeneinträgen zwar um eine gewisse Ordnung. Diese entsprach aber nur den Kommunikationsanforderungen des Aktenumlaufs und der internen Rechenschaft und hatte keine weiteren Formvoraussetzungen. So gleichen diese Einstellungsbegründungen einer redaktionell eindimensionalen Glosse, die von der Problematik des jeweiligen Falles sowie der Schreibfreudigkeit und dem juristischen Talent des staatsanwaltschaftlichen Kommentators¹¹³ abhängig gewesen war. Über diese Registratur und innerhalb dieser Liste wurde aber auch die biographisch grob registrierte Person des Verdächtigen mit ihrer Fallgeschichte verknüpft. Wo am Anfang in der ersten Spalte der jeweilige Name eingetragen wurde und die nötigen Eckdaten folgten, schrieb man auf der zweiten Seite zunächst oft, aber nicht immer, die Fallschilderung und zuletzt als abschließenden Eintrag die juristische Entscheidung nieder.

In all diesen – von biographisch registrierten Personen mit Blick auf die Strafverfolgung zu irrelevanten Fällen geformten – Konstellationen war eine Anklage nicht möglich, nicht erwünscht, nicht begründbar. Gleichwohl gab man eine Begründung für die Nicht-Erhebung der Anklage an – eben „aus welchen Gründen er außer Verfolgung zu lassen“ sei.

So notierte man etwa, dass sich für die Anklage „kein genügendes Material [...] ergeben“ habe; eine einzige „umstrittene Äußerung“, die der Verdächtige getan habe, genüge nicht; der Verdächtige habe alles bestritten und weiter liege nichts vor; gegen den Verdächtigen „liegt [...] gar nichts vor“; dass man eine „Anzahl von Umständen ermittelt“ hatte, die zu der „Muthmaßung“ führten, dem Verdächtigen seien die Revolutionsvorbereitungen „nicht fremd geblieben“, könne ohne nähere Aufklärung „nicht einmal“ den Antrag auf Versetzung in den Anklagestand begründen; eine Anklage sei durch ein „bloßes Gerücht“ nicht zu begründen; der entstandene Verdacht sei zwar nicht behoben, es fehle aber an den Mitteln, bestimmte zur Überführung dienende Tatsachen zu beweisen, weshalb sich eine Anklage zur Zeit

113 Die Einträge erfolgten ohne Autorenregistratur, Signatur oder ähnliches, was bei der personellen Dimension der 'Staatsanwaltschaft' für den Polenprozess wenig verwundern sollte. Die Handschriften wechseln aber jedenfalls.

nicht begründen lasse; von einer Anklage „nur“ wegen unterlassener Anzeige des Verbrechens nehme man Abstand, zumal das gerichtliche Verhör des Verdächtigen überhaupt noch nicht stattgefunden habe; „nach den bisherigen Beschlüssen“ gefolgert, würde der Antrag auf Versetzung in den Anklagestand „zurückgewiesen werden“; der Verdächtige habe noch vor dem allgemeinen Bekanntwerden der polizeilichen Ermittlungen selbst Anzeige erstattet, sodass trotz seiner Revolutionsbeteiligung für das gerichtliche Verfahren „doch vorauszusehen“ wäre, „daß er freigesprochen werden würde“.

Es zeigt sich also, dass die Begründung für die Entscheidung, keinen Antrag auf Versetzung in den Anklagestand zu stellen, variierte. Beweisnot und Verdachtsschwellen standen neben Bagatellrücksichten; prozessuale Voraussetzungen standen neben Prognosen und Wahrscheinlichkeiten im weiteren Gang des Verfahrens.

Aber nicht nur die Entscheidungen des Staatsanwalts wurden in diese beiden Spalten eingetragen. Man registrierte dort auch die Beschlüsse der Anklagekammer des Kammergerichts, wofür dann allerdings lediglich ein formaler Verweis diente.¹¹⁴ In einigen Fällen berief man sich in der Begründung auch auf die (Vor-)Ergebnisse der königlichen Immediat-Kommission, die vormals „zur Einleitung einer gewöhnlichen Untersuchung keine Veranlassung“ gefunden hatte, was als schlichter Verweis genügen musste.

Der Staatsanwalt traf also nicht nur eigene Entscheidungen, sondern betrieb eine umfangreiche Organisation der Untersuchungsfälle. Das 'Register-Führen' über das Verfahren vor der Hauptverhandlung lag in seinen Händen. Er notierte, welcher Verdächtige unter welchen Umständen inhaftiert, entflohen oder entlassen war. Er kategorisierte nicht zuletzt durch die formell-inhaltliche Gestaltung der Listeneinträge, welcher Entscheidungsträger eine Entscheidung getroffen hatte: Unter schlichtem Verweis, selten unter einer etwas ausführlicheren Begründung war dies die bereits abgesetzte Kommission; der Staatsanwalt selbst mit den ausführlichen Angaben für seine Entscheidung; oder die gerichtliche Anklagekammer lediglich unter einem knappen Formalverweis auf ihren Beschluss, was dann bereits einer verfahrenstechnischen Abkürzung über eine prozessuale Bedingung gleichkam.

114 Nämlich ohne weitere inhaltliche Begründungen stets: „Außer Anklage gesetzt“ mit Verweis auf den „Beschuß der Anklagekammer vom 10. April 1847“ oder auf den „Beschuß der Anklagekammer vom 21. April 1847.“

Dadurch wurde auch ein gewisser Satz an Anträgen auf Anklage, die von den Richtern in der Anklagekammer via Beschluss abgewiesen worden waren, dokumentiert. Diese hatten insgesamt aber keinen größeren Anteil an den Entscheidungen. Die Anzahl der eigenen Entscheidungen des Staatsanwalts überwog.

Eine einheitliche Bezeichnung oder einen bereits feststehenden Terminus technicus gab es für diesen Vorgang noch nicht. Trotzdem waren zwei dicke Listenbände entstanden, die die Ergebnisse der Sondierungsarbeit Wentzels dokumentierten. Der Staatsanwalt und seine Gehilfen hatten damit in wesentlich eigener Entscheidungsmacht gleichsam eine Auswahl organisiert, die den Richtern zur weiteren Entscheidung vorgelegt wurde.

Anfang März 1847 legte Wentzel seine Auswahl dem Kammergericht vor und stellte Antrag auf Erhebung in den Anklagestand.¹¹⁵ Die Besetzung der Anklagekammer war von allen weiteren Geschäften „dispensirt“ worden¹¹⁶. Sie bekam ein eigenes „Bureau“ im Staatsgefängnis zugeteilt, weil dort die Akten gelagert werden konnten – an die 1000 Bände warteten auf Durchsicht.¹¹⁷ Knapp fünf Monate später war das Vorverfahren dann abgeschlossen und die Hauptverhandlung begann.

2. Im kirchlichen Gerichtssaal

In vielen Fällen kam es trotz Verdacht und Verhaftung nicht zur Begründung einer Anklage. Trotz dieser zahlreichen 'Einstellungen' blieben immer noch 254 Angeklagte übrig, von denen sich 250 zum ersten Verhandlungstermin am 2. August 1847 in der Gefängniskirche in Berlin-Moabit einfanden.¹¹⁸ Dorthin hatte man die öffentliche Hauptverhandlung aus Platzgründen verlegt.¹¹⁹ Der erste Verhandlungstermin war eine Massenveranstaltung. In der Gefängniskirche waren „amphitheatralische“ Tribünenbänke für die 250 Angeklagten aufgestellt worden und die 'Zuschauer' hatten Einlass nur mit einer Eintrittskarte aus einem auf die Platzanzahl begrenzten

115 Der Publicist (1847), 79.

116 Der Publicist (1847), 79: Kammergerichtsrat Nicolovius, Kammergerichtsrat Striethorst und Kammergerichtsassessor Oppenheim.

117 Der Publicist (1847), 80.

118 Die Informationen zu den Verhandlungen finden sich in der Prozessbeobachtung bei Gustav Julius, wo auch die Anklageschrift abgedruckt ist, Julius (1848), Sp. 4-25. Die Verhandlungen liefen von der ersten Sitzung am 2. August 1847 bis zur letzten, der 71. Sitzung, am 17. November 1847; unterbrochen nur durch eine achttägige Pause, in der die Gefängniskirche beheizbar gemacht wurde. Die erstinstanzlichen Urteile des Kammergerichtssenats wurden in öffentlicher Sitzung am 2. Dezember 1847 verkündet und mit Begründung publiziert.

119 Schmidt (1968), 38. Eine Zeichnung einer der Sitzungen in dem sakralen Verhandlungssaal findet sich in: Illustrierter Kalender (1850), 64.

Kontingent erhalten.¹²⁰ Neben dem so regulierten, etwa 400 bis 460 Personen starken Publikum, in dem viele Polen saßen, und neben den 250 Angeklagten hatten sich weiter eingefunden: Zwei Dolmetscher für die polnische Sprache; ein Gerichtsschreiber; zwanzig „Defensoren“¹²¹; Staatsanwalt Wentzel, der mit insgesamt sechs Mann an seiner Seite¹²² auftrat; und schließlich das Gericht, das sich aus der Abteilung des Kriminalsenats des Kammergerichts für besonders schwere Verbrechen konstituierte und mit elf Männern¹²³ besetzt war. Im Laufe des Prozesses ebte das öffentliche Interesse am Verfahrensgang ab und das Publikum fand sich nur noch sporadisch zu größerer Zahl ein. Das Interesse bestimmte sich nach der Prominenz der Angeklagten, nach zu erwartenden politischen Verteidigungsreden – oder nach den Schulferien.¹²⁴

Karol Libelt hatte als Angeklagter, unabhängig von seinem Verteidiger, ein Abschlusswort für sich und drei weitere Angeklagte bereits zwei Sitzungstage vor Abschluss des ihn betreffenden Anklageblocks beantragt, damit gewissermaßen eine öffentliche Ankündigung platziert und die Gelegenheit dann zu einer politischen Rede genutzt.¹²⁵ Ebenso hatte zuvor bereits als erster Angeklagter überhaupt Ludwik Mierosławski agiert, der sich in seiner Verteidigung nicht vertreten ließ, sondern als ein eigenes Plädoyer eine ausgefeilte Rede auf polnisch hielt. Sie wurde durch Staatsanwalt Wentzel in just jenem Moment unterbrochen, als ihr agitatorischer Effekt sich entfaltete – sichtbar daran, dass andere Angeklagte angefangen hatten zu weinen und das Publikum im Gerichtssaal sich immer ergriffener zeigte.¹²⁶

120 Julius (1848), Sp. 1.

121 Alle namentlich aufgezählt bei Julius (1848), Sp. 1.

122 Neben August Wentzel und seinen drei „Gehülfen“ waren als weitere Vertreter der Anklage anwesend Oberappellationsgerichtsrat Michels, Landgerichtsdirektor Grothe und ein Kammergerichtsassessor namens Bertrab.

123 Der Vorsitzende und fünf Kammergerichtsräte, ein Stadtgerichtsrat, ein Kammergerichtsassessor und als Ergänzungsrichter drei weitere Kammergerichtsassessoren.

124 Zu den bis zum 18. September abgehaltenen Verhandlungen Julius (1848), Sp. 441/442: „Der Andrang des Publicums zu den Verhandlungen hatte in den letzten Wochen bedeutend nachgelassen. Nur an einigen Tagen war der Zulauf so groß, daß viele Personen Stundenlang vor der Thür des Gefängnisses warten mußten, um eingelassen zu werden. Namentlich war der Besuch sehr stark an dem Tage, als Herr Dr. Liebelth seine Vertheidigungsrede hielt.“ Und zur 41. Sitzung am 5. Oktober 1847 Julius (1848), Sp. 495: „Die Sitzung beginnt heute zum ersten Male um 9 Uhr. Das Publicum ist zahlreicher als in der letzten Zeit, besonders bemerkt man in demselben Studenten und Schüler, wohl ebenso sehr, wegen der jetzigen Ferien, als wegen der Kategorie der Angeklagten, die jetzt vernommen werden.“

125 Abgedruckt bei Julius (1848), Sp. 323-333.

126 Julius (1848), Sp. 49-61.

Das war der Verhandlungseinstieg der Angeklagten, die mit der Rede von Mierosławski in den Augen der Öffentlichkeit sicher einen nachhaltig prägenden Schritt am ersten Tag im vollbesetzten Verhandlungssaal getan hatten.

Aber auch Staatsanwalt Wentzel hatte sich an einem eindrucksvollen Auftakt versucht. Die Anklageschrift war nämlich unterteilt in einen allgemeinen einleitenden Abschnitt und in auf die einzelnen Angeklagten zugeschnittene „Special-Anklagen“, die dann zu den jeweiligen Verhandlungsterminen vorgetragen wurden. Die Anklageschrift war druckreif ausformuliert und wurde auch tatsächlich als Druck¹²⁷ 1848 publiziert. Vorbereitet hatte Wentzel sie mit seinen Gehilfen offensichtlich gründlichst: Zwei gutachterliche Essays zum Tatbestand des Hochverrats blieben von dieser Arbeit archiviert erhalten; höchstwahrscheinlich wurden jene intern von Wentzel und seinen Gehilfen ausgeführt, da die Texte ohne Verfasserangaben sind, aber in der Registratur des Oberstaatsanwaltes am Kammergericht aufbewahrt wurden.¹²⁸ Außerdem finden sich „Materialien“ zum allgemeinen Teil der Anklageschrift, die in verschiedenen Handschriften abgefasste Probetextläufe der Anklageschrift enthalten.¹²⁹

Die so fundierte, redigierte und lektorierte Anklageschrift erzählte in ihrem allgemeinen Teil die Fallgeschichte des Polenaufstandes, die im ersten Verhandlungstermin verlesen wurde – durch den Gerichtsschreiber.¹³⁰ Dass ähnliche Affekte, wie sie Mierosławski mit seiner Rede erzielt hatte, durch die über dreieinhalbstündige Lesung des Gerichtsschreibers hervorgerufen wurden, darf bezweifelt werden.

Erst im vierten Verhandlungstermin sprach Staatsanwalt Wentzel dann selbst zum ersten Mal offiziell. Er hatte sich zuvor in den Befragungen der Beschuldigten durch

127 Wieder abgedruckt bei Julius (1848) und als Original: GStA PK, I. HA Rep. 97, Nr. 4696. Das Original umfasst 117 Seiten, wurde gedruckt bei W. Moeser und Kühn und ist mit Signatur von Wentzel auf den 29. Mai 1847 datiert. Zum Angeklagten Nr. 204, Nicodem Joseph von Kierski, ist neben Seite 370 ein handschriftlicher, auf den 2. Juni 1847 datierter „Nachtrag“ eingeklebt worden, der über eine erst im Arrestgefängnis protokollierte Aussage Kierskis verweist.

128 GStA PK, I. HA Rep. 97, Nr. 4677.

129 Diese Texte wurden glossatorisch korrigiert, zum Teil ergänzt und an wenigen Stellen auch mit Nachfragen kommentiert; zu finden in GStA PK, I. HA Rep. 97, Nr. 4704.

130 Sie habe zwei Stunden gedauert; danach sei sie nochmals auf Polnisch vorgelesen worden, was zusätzliche anderthalb Stunden, eine Erfrischungspause und eine weitere Lesung „ab 11 Uhr“ beansprucht habe; Julius (1848), Sp. 25 f.. Schließlich seien noch drei Aktenstücke (abgedruckt Sp. 25-40: Eine Satzung „Innere Organisation der polnisch-demokratischen Gesellschaft“ vom 5. Juli 1835; ein von allen Mitgliedern unterschriebener „Protest des polnisch-demokratischen Vereines gegen die Verträge, welche Polen zerstückelt haben 1772-1815“ vom 8. Mai 1832; das mit 1135 Unterschriften versehene „Manifest des polnisch-demokratischen Vereines“ vom 4. Dezember 1836) aus der Anklageschrift jeweils auf deutsch und polnisch vorgelesen und die erste Sitzung dann um „3 Uhr“ geschlossen worden; Julius (1848), Sp. 40.

das Gericht nur mit wenigen Zwischenfragen zu Wort gemeldet oder kleinere Streitigkeiten um formelle Verfahrensfragen mit der Verteidigung ausgetragen. Drei Stunden lang trug Wentzel das Requisitorium, also die nähere Anklagebegründung und die Strafanträge für die vier Hauptangeklagten¹³¹ vor.

An weiteren Terminen wurde die Anklage zumeist durch den Gerichtsschreiber vorgelesen, während Wentzel sich erst in Repliken auf die Verteidigung wieder zu Wort meldete. In Terminen mit mehreren Angeklagten trug Wentzel die speziellen Anklagebegründungen gebündelt en bloc vor. An einigen wenigen Terminen ließ er sich hierbei vertreten, entweder durch Ober-Appellationsgerichtsrat Michels, durch Landgerichtsdirektor Grothe oder auch durch Assessor Bertrab. In diesen Vertretungsterminen wurden hoffnungslos gewordene¹³², lediglich auf ein wackeliges Geständnis gegründete¹³³ oder durch Schriftverkehr unzweifelhaft bewiesene¹³⁴ Anklagen verhandelt.

Während der Verhandlungen nahm einer der Verteidiger den eingangs im ersten Verhandlungstermin gespielten Ball des Staatsanwaltes auf: Er ging auf die Immediat-Kommission ein,¹³⁵ die Wentzel gleich im allgemeinen Teil seiner Anklageschrift gegen den Verdacht einer Institution des Ausnahmeverfahrens verteidigt hatte. Der Verteidiger griff die Untersuchungsergebnisse mit der politischen Argumentation an, die Kommission sei nicht wie durch die Kabinetts-Ordre vorgesehen aus Verwaltungs- und Justizbeamten zusammengesetzt gewesen, sondern in der Kommission hätten sich Verwaltungs- und Justizbeamte „miteinander amalgamirt“¹³⁶. Die Polizei habe sich in Justizarbeit „hineingemischt“ und „[...] sogar

131 Julius (1848) Sp. 85 ff. Diese wurden so zwar nicht explizit benannt, lassen sich aber aufgrund ihrer prominenten Stellung (nicht nur im Verfahrensablauf) und der Ausführlichkeit der Anklagen als solche kategorisieren.

132 Michels sah sich etwa in „der eigenthümlichen Verlegenheit“ stehend, die Anklage gar nicht näher begründen zu können, weil sie auf inzwischen widerrufenen Zeugenaussagen und auf den Akten eines anderen, gar nicht in den Anklagestand versetzten Falles fußte, Julius (1848), Sp. 185.

133 So der Fall in der Vertretung durch Grothe, Julius (1848), Sp. 179 f.

134 So in dem Vertretungstermin von Assessor Bertrab. Die Verteidigung erfolgte dementsprechend argumentativ geschwächt nur unter Bezugnahme auf das höhere Alter des Angeklagten, das ihn – vornehmlicher Alltagsevidenz nach – vor hitzigen Revolutionsideen ausnehme; Julius (1848), Sp. 250 f. Bertrab wurde später Staatsanwalt.

135 Verteidigung der Angeklagten Stanislaus von Sadowski, Max(imilian) und Anton Ogradowicz, Leopold von Mieczkowski, Ignaz und Johann von Lębinski sowie Leo von Götzendorf-Grabowski durch Justiz-Kommissar Gall, Julius (1848), Sp. 160.

136 Julius (1848), 160, und auch folgende Zitate hier und oben. Der Verteidiger immunisierte sich zugleich ironisch gegen den potentiellen Vorwurf, er würde die Kabinetts-Ordre von Friedrich Wilhelm IV. zur Einrichtung der Immediat-Kommission kritisieren: Gegen die Kabinetts-Ordre selbst könne er nichts einwenden, denn sie drücke „den Willen Sr. Maj. des Königs aus, dagegen kann ich nichts sprechen, der Wille des Königs ist allemal der beste“.

die Justiz in der Voruntersuchung beherrscht“. Die Justiz habe ihrerseits Polizeiarbeit betrieben. So habe der Voruntersuchungsrichter die undatierte Kopie eines Geständnisses zur Hand gehabt und mit dieser Vorlage weitere Beschuldigte in Vernehmungen zu ähnlichen Geständnissen gebracht. Eine derart durch die Justizbeamten der Kommission betriebene 'Effektivierung' des Verfahrens anhand von Copy and Paste-Geständnissen war natürlich geeignet, die gesamte Voruntersuchung und damit die Grundlage der Anklage zu diskreditieren. Zugleich war dadurch das erkennende Gericht zu einer Abgrenzung gegenüber solch 'amalgamirten' Kollegen gedrängt, wenn es seine eigene Integrität bewahren wollte. Der Ball des Staatsanwaltes wurde hier also auf für ihn eher ungünstigen Wegen zurück gespielt.

3. Interpretationsschlacht

Wegen der angeblichen Vernetzung der Angeklagten untereinander und des zeitlich, örtlich und kommunikativ unterschiedlichen Ablaufs und Scheiterns von zufälligen oder geplanten Zusammenkünften stellte sich im Laufe der Verhandlungen immer wieder die Frage nach Definition und Beweis von Teilnahme und „Mitwisserschaft“. Der materielle Argumentationskern zwischen Anklage und Verteidigung bildete sich aber um zwei Begriffe aus dem Tatbestand des Hochverrats¹³⁷. Dessen „Grenze“¹³⁸ war in der preußischen Gerichtspraxis des Vormärzes eines der Rechtsprobleme schlechthin¹³⁹: Es ging um nichts weniger als um die rechtliche Auslotung¹⁴⁰ politischer Revolutionen. Auf Definitionsversuche folgten Repliken, immer wieder kamen die Juristen auf ihre Begriffe zu sprechen, beriefen sich dabei auf „Rechtslehrer“, Kleinschrod, Böhmer, Feuerbach, Campe, Adelung, Klüver, das Landrecht, das römische Recht, den Wortlaut, den Wortgebrauch, die ratio legis, die Rechtsidee, den Willen des Gesetzgebers, Gesetzeslücken. Nur die Rechtsprechung kam in der damaligen juristischen Interpretationswelt als Autorität noch nicht vor. Der Polenprozess stellt damit eines der ersten Spielfelder des Rechtspositivismus dar, der sich gerade erst zum Gerichts- und Richterstaat ausstreckte.¹⁴¹ Hier, in den Verhandlungen, wurde der Rechtsdiskurs noch nicht durch die Autorität

137 Wentzel zitierte „§ 92 II., 20 ALR“ in der Anklageschrift wie folgt: „Ein Unternehmen, das auf eine gewaltsame Umwälzung der Verfassung des Staates abzielt, ist Hochverrath.“

138 s. Blasius (1983), 35.

139 Zur Praxis der Rechtsprechung im Vormärz Blasius (1983), 33 ff.

140 Blasius (1983), 37, schreibt von „juristischen Spitzfindigkeiten“.

141 Dazu Lahusen (2011), passim.

höchstrichterlicher Urteile bestimmt, sondern durch die Rechtsarbeit der Defensoren und der Staatsanwaltschaft in einem kommunikativen Wechsel an folgenden zwei Begriffen hochgezogen und befeuert.

a. Verfassung

Zum einen war dies der Begriff der Staatsverfassung. Wentzel hatte sich dazu in der ersten näheren Anklagebegründung vor allem auf das preußische Territorium bezogen und die Monarchie erst in zweiter Reihe eingebracht.¹⁴² Verfassung wollte er im weitesten Sinne als die bestehende und genuin deshalb auch durch den Staat zu erhaltende Ordnung des Staates verstanden haben – „Verfassung im allgemeinen heiße: die Beziehung der Theile zum Ganzen. Verfassung eines Staates sei der Inbegriff von Verhältnissen, die einen concreten Staat constituieren. Die Verfassung des preußischen Staats werde gebildet durch alle [...] Verhältnisse, durch [...] [die] der preußische Staat im Jahre 1846 als das erschienen sei, was er damals gewesen.“¹⁴³ In diesem Sinne versuchte Wentzel in „vorrevolutionärer Terminologie“ den „älteren zuständlich-neutralen Verfassungsbegriff zu bewahren“, wobei ein solcher Versuch im Kontext des Jahres 1847 den Verfassungsbegriff „freilich seinerseits politisierte“.¹⁴⁴ Durch die Pläne der Angeklagten würden all die bewahrenswerten Verhältnisse „eine Veränderung erlitten haben“.¹⁴⁵ Demnach schützte der Tatbestand des Hochverrats das Recht auf Selbsterhaltung und Konservierung der auch durch das Territorium geprägten staatlichen Macht. Dass man sich nun gerade im monarchischen Preußen befand, so klang es bei Wentzel an, war historisches Schicksal.

Als entpolitisierende Strategie setzte Wentzel seinen Begriffsschwerpunkt formell auf diesen als neutral ausgegebenen Erhaltungsanspruch, und materiell lediglich auf das preußische Territorium. Die Monarchie als Staats- und Regierungsform konnte er aus seinem Verfassungsbegriff zwar nicht gänzlich ausklammern. Er tat aber wohl daran, dies zumindest zu versuchen. Denn manche Verteidiger gingen an diesem Punkt auf Wentzels Vorschlag und die Integrität des preußischen Territoriums (dessen mögliche

142 Julius (1848), Sp. 87.

143 Wentzel, wiedergegeben bei Julius (1848), Sp. 87. Zur Genese des Verfassungsbegriffs als Teil der politischen Sprache seit der Aufklärung: Grimm (1994), 101-153.

144 Nach Grimm (1994), 101.

145 Wentzel, wiedergegeben bei Julius (1848), Sp. 87.

Verletzung gewissermaßen als Kollateralschaden nicht verhindert, aber auch nicht final unternommen worden sei) ein.

Der eigentliche Interpretationsmarathon allerdings, der dazu seitens der Verteidigung aufgeboten wurde, fand seinen Höhepunkt in den Ausführungen des Verteidigers Lewald, der die Frage stellte „Was ist die Verfassung des preußischen Staats?“ und sogleich als Antwort fand: das „absolut monarchische Prinzip“.¹⁴⁶ Mit dem monarchischen Prinzip war aber der „suggestive und zentrale politische 'Begriff'“ schlechthin eingebracht, in den sich seit den einsetzenden Verfassungsbewegungen „die antirevolutionären Wünsche der Monarchien“ geflüchtet hatten.¹⁴⁷ Und dadurch lud Verteidiger Lewald die Verhandlungssache gleichermaßen wieder politisch auf, wohingegen Staatsanwalt Wentzel versucht hatte, sie zu neutralisieren. Der Verfassungsbegriff, um den hier gerungen wurde, schwankte damit zwischen einer als neutral ausgegebenen, fast technisch anmutenden und einer mit politischer Emphase geführten, direkt aus den vormärzlichen Verfassungskonflikten entsprungenen Definition. Politisch aufgeladen war dieser Konflikt von beiden Seiten her, aber Wentzel versuchte mit seiner Definition einen Verfassungsbegriff einzubringen, der keinen konstitutionellen Utopien folgte, sondern den Status-Quo bewahrte.

Auch Verteidiger Deycks brachte einen politisch aufgeladenen Verfassungsbegriff ein, indem er auf Souverän und Untertanen abstellte: „Die Verfassung eines Staates ist [...] das Verhältnis der Regierungsgewalt zu den Regierten.“¹⁴⁸ Ein solches Begriffsverständnis bezog nicht nur die Regierungsform mit ein, sondern erlaubte außerdem den Brückenschlag von der abstrakten Monarchie zur konkreten Person des Monarchen. Dieser hatte sich in Wentzels autark wirkendem, sich aus Teilen und Verhältnissen zusammensetzendem Staatsorganismus nicht zu zeigen gebraucht. Da die Angeklagten aber keine konkreten Attentatspläne oder gar -versuche gegen den preußischen König zu ihrem Ziel erklärt hatten, lag mit einer solchen wie von Verteidiger Deycks eingebrachten, die Person des Souveräns einbindenden Verfassungsdefinition die Entlastung der Angeklagten auf der Hand.

146 Julius (1848), Sp. 242-246. Lewald trat als Rechtsanwalt auch auf dem Ersten Deutschen Juristentag mit dem Antrag auf, die Privatklage in das Strafverfahren einzuführen; Holtzendorff (1864), 3.

147 So Stolleis (1992), 105; zur „Funktion“ des monarchischen Prinzips als Mittel der „Abwehr demokratischer Bestrebungen“ und als „Zuständigkeitsvermutung“ zugunsten des Monarchen: Grimm (1988), 113-116, 115 f.

148 Bei Julius (1848), Sp. 406. Ähnlich auch Verteidiger Crelinger bei Julius (1848), Sp. 661.

Wentzel wiederum versuchte nochmals, diesen politisierten Begriff zu entladen. Auch dieses Mal nahm er wieder eine neutralisierende Strategie zur Hilfe – nämlich die einer von ihm vorgeblich praktizierten „Auslegung, die sich nur damit beschäftigt, nach den Regeln der Hermeneutik grammatisch und logisch zu interpretieren“.¹⁴⁹ Mithilfe dieses methodischen Zugriffs konstruierte der Staatsanwalt einen Gegensatz zur Verteidigung: Diese baue ihre Definition nicht auf empirischer Auslegung, sondern auf einer Theorie auf. Sie treibe nämlich die „Abstraction auf die Spitze“ und verstehe Verfassung als ein im Souverän verkörpertes Ideal, als „blos etwas Ideales, durchaus nicht Reales“.¹⁵⁰ Diese Dichotomie, die Wentzel zwischen logischer, juristischer Auslegung und ideeller, theoretisierender Staatsphilosophie konstruierte, beinhaltete gleichsam den in einen Auslegungsvorgang „[...] gekleidete[n] Aufruf zum Verzicht auf Politik und Philosophie“ und die Bezugnahme auf das positive Recht als „apolitische, rein formale Behandlung“ der Streitsache.¹⁵¹ Und unter Berufung auf das positive Recht kam Wentzel wieder zu seiner eingangs bereits formulierten Definition zurück: Verfassung bedeute, so habe das Landrecht gemeint [sic!], „Zustand“ – weder staatsorganisatorische Norm, noch staatspolitisches Ideal. Am Ende dieser Replik kam er noch ein letztes Mal auf die politische Dimension des Begriffes und des Falles zu sprechen, hielt sich dabei aber einmal mehr möglichst knapp: Selbst wenn man unter 'Verfassung' nur die Regierungsform verstehen wollen würde, so sei doch auch diese angegriffen worden, denn das Ziel des Aufstandes sei es gewesen, „eine demokratische Regierungsform [...] einzuführen.“¹⁵² Dies blieb freilich das einzige und letzte Mal, dass sich der Staatsanwalt auf das politische Anliegen des polnischen Aufstandes auch nur begrifflich einließ.

b. Unternehmen

Zum zweiten kämpfte man in den Verhandlungen um den Begriff „Unternehmen“. Hier kumulierte die Problematik des Hochverrates, der als pönalisierbares Verbrechen stets nur bei eigentlichem Tatmisserfolg denkbar ist. Ist der König tot, kann er nicht mehr strafen. Noch mit dem römischen Recht und dem ALR argumentierend und schon die Ideen von Versuchsstrafbarkeit, Unternehmensdelikt

149 Bei Julius (1848), Sp. 430.

150 Bei Julius (1848), Sp. 430; aber: „Das Landrecht muß etwas Anderes gemeint haben.“

151 So Grimm (1982), 484, über die von Gerber durch seine Methodenlehre vorgenommene Entpolitisierung des Staatsrechts.

152 Bei Julius (1848), Sp. 455; Wentzel verwandte ganze drei Sätze auf diese Einlassung.

und abstraktem Gefährdungsdelikt streifend, griff die Verteidigung auf Montesquieu¹⁵³ zurück, um danach zu fragen, was zwischen dem „bloße[n] Wille[n]“ und dem „Erreichen des Ziels“ eigentlich als tatbestandliche Handlung strafbar sein solle – erst ein zusammengesetzter „Komplex von Handlungen, die es möglich machen, das zu erreichen, was erzielt wird“¹⁵⁴? Oder schon der Übergang des Willens „in eine Handlung [...], die den Anfang einer Reihe von Handlungen bildet, die in abstracto zum Ziel führen können“¹⁵⁵? Das Bestimmen der Tathandlung „Unternehmen“ war also allein genommen bereits prekär, nicht zuletzt, weil der heute vorherrschende Konsens von echten Unternehmensdelikten¹⁵⁶ noch nicht ausgebildet, eingeübt und durch höchste Rechtsprechung festgeschrieben worden war. Vorbereitung, Versuch und Vollendung bahnten sich zwar schon an,¹⁵⁷ waren aber noch keine festgesetzten Bestandteile einer autoritativen Definition innerhalb des Rechts. Die Einlassungen einiger Verteidiger hierzu lesen sich wie semantische Übungen zur Versuchsstrafbarkeit: Eine „Ausdehnung der Begriffe“ führe in „Consequenz zur Strafbarkeit des bloß geäußerten [...] Entschlusses“.¹⁵⁸

Umso prekärer gestaltete sich dann die Beweisführung der staatsanwaltschaftlichen Anklage an diesem Punkt, vor allem, wenn es sich um Angeklagte aus dem weiteren Umfeld des vermuteten Aufstandsnetzwerkes handelte. Die Verteidigung warf der Anklage ein Gesinnungsstrafrecht vor: Man habe „Leute verhaftet, die nur Sympathie für ihr Vaterland gezeigt“ hätten.¹⁵⁹ So musste Staatsanwalt Wentzel zugeben, dass die Teilnahme an Reitübungen und Jagden eigentlich „nicht die Idee der Anklage“ von „Vorbereitungen zu den revolutionären Unternehmungen“ darstelle.¹⁶⁰ Oder er

153 Verteidiger Deycks bei Julius (1848), Sp. 168: „Montesquieu sagt: 'Ist das Verbrechen des Hochverraths unbestimmt gelassen, so reicht dies allein aus, die bestgeregelte Regierung in eine Despotie zu verwandeln.'“

154 So der Ansatz der Verteidigung, der darauf zielte, das 'Möglichmachen' zu verneinen, da der geplante Aufstand zum einen nicht die dafür nötigen Kapazitäten und Ressourcen habe auf tun können und zum anderen zeitig durch die polizeilichen Ermittlungen begleitet, aufgedeckt und verhindert worden sei.

155 So der vorverlagernde Ansatz von Wentzel.

156 Fischer (2013), § 11 Nr. 6 StGB, Rn. 28: „Der Begriff des Unternehmens einer Tat (vgl. etwa §§ 81, 82 [...] [StGB; Hochverrat, sic!]) erfasst nach Nr. 6 deren Versuch und Vollendung, jedoch nicht Vorbereitungshandlung (BGH 5, 281) [!]; für die Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch gelten die allgemeinen Regeln [...]. Der Versuch steht daher der vollendeten Tat gleich [...]“.

157 In einem Verfahren wegen Hochverrats aus dem Jahr 1836 hatte das Berliner Kammergericht als Berufungsinstanz, anders als das erstinstanzliche Urteil, „die Theorie vom versuchten Verbrechen“ nicht explizit ausgeschlossen, sondern eine eigene „differenziertere Beurteilung“ vorgenommen; s. Blasius (1983), 34 f.

158 Verteidiger Cassius bei Julius (1848), Sp. 545.

159 Verteidiger Deycks bei Julius (1848), Sp. 407; auch Sp. 682.

160 Bei Julius (1848), Sp. 268.

kämpfte damit, dass vereinzelte Gespräche, Gasthofbesuche oder Gefälligkeiten sich nicht nur als zielgerichtete Handlungen, sondern ebenso gut als zufällige Ausschnitte alltäglichen Lebens konstruieren ließen – man plauschte über die neuesten politischen Nachrichten, ging zusammen Bier trinken oder nahm einen Bekannten auf der Kutsche mit.

Überhaupt fehle in der Anklage eine konkret vorwerfbare Tathandlung des Hochverrates, so die Verteidigung. Die Anklage sei lediglich „durch Gerüchte veranlasst“ und habe „ein Ereignis, durch welches eine [...] Absicht erkennbar geworden, [...] nicht einmal behauptet.“¹⁶¹ So konnte Wentzel dann auch nur summieren, dass „das Resultat gegen jeden Einzelnen“ vor allem eine auf „Schlüssen“ beruhende „Ueberzeugung“ von der Richtigkeit des Verdachts sei.¹⁶²

Eine nachweisbare Handlungskette könne eigentlich auch gar kein integrales Kennzeichen des Hochverrats sein: „Es ist natürlich, daß man bei einem Verbrechen, wie das gegenwärtig verfolgte, nicht bis in alle einzelnen Handlungen das aufdecken kann, was geschehen ist. Einzelne Momente müssen die Grundleiter zu den Schlüssen abgeben, durch welche die Ueberzeugung [...] bewirkt wird.“¹⁶³

Auf eben dieses Dilemma musste der Staatsanwalt immer wieder zu sprechen kommen. Die Aufgabe der Anklage sei es, „jedem Einzelnen einen *dolus* und ein Verbrechen nachzuweisen“.¹⁶⁴ Wenn es allerdings wie beim Hochverrat „in der Natur des [...] Verbrechens“ liege, dass es erstens geheim gehalten und zweitens nur geplant worden sei, so werde es der Anklage „immer nur gelingen, einzelne Momente festzustellen.“¹⁶⁵ Diese singulären Tatsachen seien jeweils „in ihrer Einzelheit von keiner Bedeutung“, aber immerhin sei auf ihrer Grundlage bereits ein richterlicher Anklagebeschluss ergangen, der dann doch auf „Gewicht und [...] Bedeutung“ der Tatsachen schließen lasse.¹⁶⁶ Hier erinnerte Wentzel vor allem die erkennenden Richter daran, dass ihre Kollegen in der Anklagekammer bereits eine Vorauswahl nicht nur abgesegnet, sondern auch mitbestimmt hatten. Die Hoffnung der Anklage beruhte darauf, dass sich nicht zuletzt auch durch die schiere Masse der

161 Verteidiger Deycks bei Julius (1848), Sp. 641.

162 Bei Julius (1848), Sp. 270.

163 Bei Julius (1848), Sp. 270.

164 Bei Julius (1848), Sp. 334.

165 Bei Julius (1848), Sp. 334.

166 Bei Julius (1848), Sp. 439.

Angeklagten ein zusammengesetztes Gesamtbild ergebe – dass die 'einzelnen Momente' „[...] immer hinreichen, die Strafbarkeit des Ganzen zu begründen“¹⁶⁷.

4. Die Totalität von Nichts

Diese Hoffnung setzte allerdings ein immenses Vertrauen in die erkennenden Richter voraus. Schließlich hatte ihre Kollegium, das Kammergericht, eigenhändig als Prozessvoraussetzung festgelegt, dass die Anklagen für jeden einzelnen Angeklagten getrennt angeführt und begründet werden mussten.¹⁶⁸ So appellierte Wentzel in seinem letzten Requisitorium nochmals an das Gericht, dass es „dem Gesamteindrucke“ folgen solle, und stellte bestärkend auf drei abstrahierte „Stadien“ ab, in denen die „Bewegung“ des Aufstandes sich entpuppt habe: „Propaganda [...], Verschwörung [...], [im Versuch gescheiterte, sic] Revolution“.¹⁶⁹ Und während der Verhandlungen verfolgte Wentzel auch noch andere Hilfsstrategien. Etwa interpretierte er den Begriff des 'Unternehmens' in dogmatischer Abgrenzung zum 'Taterfolg' dahingehend, dass der Unternehmens-Tatbestand auch dann erfüllt sei, wenn lediglich „Wissenschaft“ über den hochverräterischen Plan vorliege¹⁷⁰. Kenntnis sollte also ausreichen. Ähnlich war auch das Angebot von Wentzel an das Gericht, bei der Beurteilung der Strafbarkeit hilfsweise eine Art Wahlfeststellung zu praktizieren.¹⁷¹

Die Verteidigung hingegen verwies abschließend auf den Zweifel, der das einzige Resultat der Definitionskämpfe sei – und dem Gericht seine eigene, abschließende Entscheidung erst ermöglichte: „Die Interpretation der [...] Gesetze hat hier zu sehr

167 Bei Julius (1848), Sp. 334.

168 So jedenfalls Wentzel bei Julius (1848), Sp. 688: Der Gerichtshof habe diese Einrichtung getroffen.

169 Bei Julius (1848), Sp. 688: „So wenig ich behaupten werde, daß diese einzelnen Facta [...] den Thatbestand ausmachen, wenn nicht viele andere Facta ermittelt wären, die sich in dem übrigen Theile der Anklage finden: So gewiß trage ich die Ueberzeugung, daß der Hohe Gerichtshof nicht bloß aus diesen einzelnen Facten die Schuld der einzelnen Angeklagten feststellen wird. Die Ueberzeugung muß sich aufgedrungen haben, daß die Ereignisse im Allgemeinen [...] stattgefunden haben, und von diesem Gesichtspunkte aus ist es von Bedeutung, was gegen die beiden vorliegenden Angeklagten hier festgestellt worden ist.“

170 Bei Julius (1848), Sp. 271. Für den Fall, dass das Gericht dieser Auslegung nicht in allen Anklagen folgen sollte, wies Wentzel hilfsweise auf § 97 ALR hin, der freilich eine geringere Strafe vorsah.

171 Wentzel bei Julius (1848), Sp. 421: „[...] ich glaube, den Antrag für gerechtfertigt zu halten, sie [die Angeklagten] für schuldig zu erklären, wobei es dem Ermessen des Hohen Gerichtshofes überlassen bleibt, in wie fern sie als Solche [schuldige Hochverräter] zu betrachten sind, die nur noch entfernte Handlungen vorgenommen haben, oder solche Handlungen, die den Thatbestand des § 93 ausmachen.“

weitläufigsten Discussionen geführt. Aus ihnen ist soviel klar geworden, daß die Strafe auf Hoch- oder Landesverrath im höchsten Grade zweifelhaft ist.“¹⁷²

Ein Verteidiger allerdings baute seine abschließende Gegenargumentation auf dem abstrakteren Kern des Problems auf, auf dem Problem der Strafbarkeit und des Beweises von Gefahr und Risiko: „Sie, meine Herren [die Richter], können [...] die Strafbarkeit nur nach den erkennbar gewordenen Handlungen abmessen. Die Größe der Gefahr ist für Ihre Beurtheilung nicht maßgebend. Mag der Zweck der Bestrebungen des Jahres 1846 den Einrichtungen des preußischen Staates gefährlich erscheinen, für Sie sind sie nur in ihren Folgen erkennbar! Der Herr Staatsanwalt hat gestern selbst zugegeben, daß die einzelnen Tathandlungen kaum erkennbar, daß sie vor dem Strafgesetze nichts seien. Er hat aber ausgeführt, daß Sie die Totalität ins Auge zu fassen hätten. Nun, meine Herren, [...] die Totalität von Nichts ist Nichts“.¹⁷³

Wie sollte eine zufällige Momentaufnahme, eine einzelne Handlung auch etwas abbilden können, was sich nur als gefährliche Summe vieler einzelner Vorkommnisse konstruieren ließ? Den Angriff auf eine Staats-Verfassung auf Personen und Handlungen herunterzubrechen – diese Zeiten waren schon vorbei. Personen verschwanden in Organisationen. Handlungen verschwanden im Verdacht. Statt des Königs-Körpers gab es Ländergrenzen, Verfassungstexte, Nationalideen. Der Angriff wuchs erst durch sein undurchsichtig kommunizierendes, Territorial- und Verwaltungsgrenzen sprengendes Netzwerk zur Gefahr heran. Polnische Adlige in Pariser Salons, polnische Studenten in der Eisenbahn auf der Fahrt nach Österreich, polnische Bauern auf dem Land bei Posen, polnische Handwerker im Leseverein bei Stargard, veröffentlichte Manifeste, private Briefe, Pakete unbekannten Inhalts, Kneipengespräche, Dorftratsch, Gerüchte – die massenhafte Anklage war vielleicht ein Versuch der Staatsanwaltschaft, dieses Problem zu spiegeln und seiner Herr zu werden. Insofern war nicht nur das Verfahren, sondern der Fall das eigentliche Problem. Der Aufstand selbst hatte die „Situation“¹⁷⁴ geschaffen, in der man sich vor Gericht befand. Insofern hatte man in Posen im herkömmlichen Untersuchungsverfahren zwar übereifrig inquiriert und gesammelt, sich dabei aber gleichsam überschlagen und sich selbst außer Gefecht setzen müssen.

172 Verteidiger Furbach bei Julius (1848), Sp. 690.

173 Verteidiger Deycks bei Julius (1848), Sp. 276.

174 Noch einmal: Blankenburg/Treiber (1978), 169 f.

Das Problem des Strafrechts und des Strafprozesses war es, umso mehr und gerade jetzt weiterhin als Lösung eingesetzt zu werden.

Wo der Staatsanwalt schon zuvor eine Auswahl getroffen und organisiert hatte, wussten die Herren Richter nun natürlich Rat. Natürlich entschieden sie nicht auf Nichts. 'Non liquet' war keine Option mehr. Gerade das positive Strafgesetz, dessen Leistungsfähigkeit von der Verteidigung in Zweifel gezogen worden war, ermöglichte dem Gericht eine Entscheidung und mit den Entscheidungsgründen ihres Urteils wiederum beteiligten sich die Richter fleißig an der positiven Rechtsarbeit. Was mag zur Veröffentlichung der Urteilsbegründung geführt haben? Eine formelle Voraussetzung für das Urteil war dieser Vorgang damals noch nicht.¹⁷⁵ Vielleicht hatte Staatsanwalt Wentzel mit dem Druck der Anklageschrift für einen ersten Anstoß in diese Richtung gesorgt, der sich die Richter nun schlecht entziehen konnten, wenn sie gewissermaßen keine Antwort schuldig bleiben wollten. Jedenfalls war das Urteil in Teilen der Öffentlichkeit zugänglich und einsehbar gemacht worden.

In den Entscheidungsgründen „hinsichts der Art des Verbrechens im Allgemeinen“ setzten die Richter sich sehr ausführlich mit dem „objectiven Thatbestand“ des Hochverrates auseinander. Sie stellten eine detaillierte Definitions- und Abwägungsarbeit dar, in der sie auf die von Wentzel eingebrachten Argumente relativ intensiver als auf diejenigen der Verteidigung eingingen. Das Gericht erteilte dann aber mit seiner Entscheidung beiden Seiten eine Absage und traf in diesem Sinne tatsächlich eine eigene Entscheidung. Sie folgte weder den Definitionen der Staatsanwaltschaft, noch dem Anliegen der Verteidigung. Unter entlastender Berufung auf eine Auslegung des Verfassungsbegriffes aus den positiven, geltenden Gesetzen¹⁷⁶ entschieden die Richter in keiner einzigen Anklage auf Hochverrat, denn: „Erwägt man alle diese Gründe, so erscheint die Ansicht der Staatsanwaltschaft, daß die gewaltsame Losreißung einer Provinz von dem Staatsgebiete unter den Begriff des Hochverraths gestellt werden müsse, weil eben dadurch zugleich eine

175 Lahusen (2011), 157 ff.; zur Mitteilung schriftlicher Entscheidungsgründe an die Parteien im 17. und 18. Jahrhundert Hocks (2002), 61 ff.; 83 ff.; zum „Einzug der Öffentlichkeit in das Verfahren“ und zur Publikationspflicht Hocks (2002), 109 ff.

176 Bei Julius (1848), Sp. 708: „Das Allgemeine Landrecht selbst hat einer solchen Ansicht, wenn auch nicht mit ausdrücklichen Worten, so doch durch anderweitige strafrechtliche Bestimmungen vorgebeugt.“; Sp. 709: „Das Wort 'Staatsverfassung' ist seinem Begriffe nach im Allgemeinen Landrecht nicht definiert, daß es aber, wie oben erwähnt, als gleichbedeutend mit 'Regierungsform' anzusehen ist, erweist sich aus nachstehenden Stellen einzelner späteren Gesetze [zitiert werden die Censur-Instruction v. 31. Januar 1843 und Artikel 1 des Publications-Patents v. 28. Oktober 1836].“

Aenderung der Staatsverfassung herbeigeführt werde, nach den jetzt bestehenden Gesetzen, wenn nicht für gänzlich widerlegt, so doch mindestens dergestalt zweifelhaft, daß in favorem defensionis die mildere Ansicht Platz greifen muß und der Thatbestand des Hochverraths nicht angenommen werden kann.“¹⁷⁷

Unter Berufung auf rechtliche Definitionsarbeit konnten die Richter also ihre Entscheidung als die „mildere Ansicht“ ausgeben und sie damit von der Anklage des Staatsanwalt abgrenzen. In „favorem defensionis“ bedeutete aber bei weitem keinen Freispruch in der Sache. Vielmehr hatten die Richter eine rechtliche Abstufung und Verfeinerung des gesamten Falles vorgenommen. Das Urteil war insgesamt hinsichtlich der erkannten Straftatbestände und der verhängten Strafmaße wesentlich differenzierter, als die Anklage es gewesen war.¹⁷⁸ Für 64 Angeklagte bedeutete dies, dass sie anstelle des Hochverrats des Landesverrats für schuldig befunden wurden – wobei gegen acht dieser Schuldigen als Urheber die Todesstrafe verhängt wurde.¹⁷⁹ Die Richter entschieden auf insgesamt 117 Schuldsprüche; zugleich entbanden sie 116 der Angeklagten von der Anklage,¹⁸⁰ sodass sich ihr „Gesamteindruck“ als ein wahrliches Maßhalten darstellte. Nur 18 der 254 Angeklagten wurden freigesprochen.

Das Urteil wurde nicht vollständig publiziert. Das, was veröffentlicht wurde, war dann aber das Notwendige, das die Entscheidung als durch rationes decidendi angeleitete Entscheidung darstellen konnte.¹⁸¹ So lassen sich zwar alle Schuldsprüche mitsamt Strafmaß nachlesen. Es wurde aber nur ein einziges ausführliches Erkenntnis publiziert, das zudem nur einen einzigen Angeklagten betraf – Ludwik Mierosławski, der als „Urheber“ und Anführer des Aufstandsversuches geständig war und der nicht einmal eine Verteidigung im Sinne des Verfahrens für sich beansprucht, sondern stattdessen seine politische Rede gehalten hatte.

177 Bei Julius (1848), Sp. 710.

178 Zum Landesverrat Erster Klasse (1.) traten hinzu: (2.) Die Wissenschaft desselben und unterlassene Anzeige (26 Schuldige, mit Strafen zwischen achtjährigem Festungsarrest und achtjähriger Zuchthausstrafe); (3.) die versuchte gewaltsame Befreiung von Gefangenen (zehn Schuldige mit bis zu einjährigem Festungsarrest); (4.) ein Schuldspruch wegen Teilnahme an einer verbotenen Verbindung und (5.) ein Schuldspruch wegen Landesverrats Zweiter Klasse; (6.) versuchter Aufruhr (15 Schuldige, deren Freiheitsstrafen durch den Untersuchungsarrest verbüßt waren); zwei Anklagen wurden wegen Erkrankung ausgesetzt.

179 „Landesverrätherei“ Erster Klasse: Als Urheber wurden elf Angeklagte für schuldig befunden, davon wurden acht mit dem Tod durch Beil und drei mit 25 Jahren bzw. 20 Jahren Festungsarrest bestraft; als Teilnehmer wurden 53 Angeklagte für schuldig befunden, sie erhielten Strafen zwischen „lebenswierigem“ Festungsarrest und 15 Jahren Festungsarrest.

180 Das Entbinden von der Anklage entsprach der vormals üblichen, vorläufigen Lossprechung des Angeklagten und ist heute etwa mit dem vorläufigen Aussetzen der Anklage zu vergleichen.

In den allgemeinen Entscheidungsgründen gingen die Richter zwar sehr ausführlich auf den Begriff der Verfassung ein. Den zweiten Argumentationskern, den Begriff des Unternehmens, übergangen sie allerdings vollständig. Damit umschifften sie die prekärste Auseinandersetzung: Über das „Unternehmen“ hatte die Verteidigung schließlich nicht nur beständig von der Rechts- zur Tatsachen- und zur Beweisfrage übergehen können; sondern durch das „Unternehmen“ konnte die Verteidigung auch die Frage nach der Leistungsfähigkeit des positiven Strafgesetzes stellen. Das positive geltende Strafgesetz war aber nun gerade der Entlastungsweg für die Legitimation der richterlichen Entscheidung. Auf eine Infragestellung der eigenen Existenzgrundlage ließen sich die Richter, wenig verwunderlich, nicht ein. Das konnte ihnen durch einen juristischen Kunstgriff gelingen: Der von ihnen anstelle des Hochverrats herangezogene Tatbestand des Landesverrates führte – im Gegensatz zum Hochverrat – eine Versuchsstrafbarkeit explizit auf. Die Problematik des „Unternehmens“ war damit nicht nur umgangen – sie war durch die Richter im geltenden Recht aufgelöst worden. Dadurch, dass sie ihre strategische Wahl auf den Landesverrat hatten fallen lassen, umgingen die Richter auch die Frage danach, ob es überhaupt etwas Greif- und Beweisbares zu entscheiden gab, oder ob nicht doch die „Totalität von Nichts“ durch das Landrecht bestraft werden sollte. Den Richtern ging es um die Rechtsfrage. Die konnten sie nur annehmen, beantworten, mit produzieren und wieder zurückwerfen, wenn sie das positive Strafrecht in seiner totalen gesellschaftlichen Aufladung nicht als Widerspruch begriffen und es dadurch selbst nicht in Frage stellten – wie es aber die Verteidigung getan hatte.

So, wie also das prekäre „Unternehmen“ sowohl hinter der fein ziselierten Arbeit am Verfassungsbegriff als auch im geltenden Recht verschwand, ließen die Richter

181 Abgedruckt bei Julius (1848) sind die Erkenntnisse über Schuldspruch und Strafmaß eines jeden einzelnen Angeklagten; sowie die Entscheidungsgründe „hinsichts der Art des Verbrechens im Allgemeinen“ und speziell nur für den als Urheber des Aufstandes ausgemachten Ludwik Mierosławski. Die weiteren Entscheidungsgründe – so die Auskunft durch Julius (Sp. 703) – seien zum Zeitpunkt der Drucklegung als Abschriften „noch nicht“ zu erhalten gewesen und würden deswegen dem Anhang anheim gestellt werden. Im Anhang der Prozessbeobachtung finden sich aber keine weiteren Entscheidungsgründe, sondern nur weiter vorne noch nicht abgedruckte Anklagesätze und eine ergänzende Dokumentation, die schriftliche Aussagen zum Prozess enthält, etwa Pressedarstellungen und Statements des Berliner Polizeipräsidenten Julius von Minutoli. Es ist stark zu bezweifeln, dass sich die elf Richter tatsächlich noch aufgemacht hatten, 253 spezielle Entscheidungsgründe zu dokumentieren und druckreif zu formulieren.

hinter Ludwik Mieroslawski die 253 weiteren Angeklagten verschwinden. Zweifel am Strafrecht verschwanden hinter Auslegungsarbeit und Gesetz. Zweifel an der Beweisbarkeit von Gefahr und Risiko verschwanden hinter dem einen Schuldigen, der lebendes Symbol einer politischen Bewegung war. Die Richter betrieben ihre Rechtsarbeit. Der Staatsanwalt hatte ihnen den Weg bereitet, alle nicht-rechtlichen Geschäfte ferngehalten und das Material geliefert.

VI. Das Ende vom Anfang

In seinem „Vortrags-Journal“ notierte der Staatsanwalt dann noch, ob und wenn ja, welcher Schuldspruch gegen den jeweiligen Angeklagten ergangen war.¹⁸² Der König und die Staatsregierung nutzten die Rechtsmittelkompetenz,¹⁸³ die der Staatsanwaltschaft zur Verfügung stand. Wentzel legte Berufung gegen das Urteil des Kammergerichts ein. Das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft kam den Verurteilten allerdings wegen der damit einhergehenden Vollstreckungsverzögerung nur zu gute: Die Märzrevolution schaffte eigene Fakten. Am 19. März 1848 reichte man zunächst eine Petition auf Amnestie beim König ein, dann am 20. März 1848 versammelte man sich vor seinem Schloss und drohte die Erstürmung des Moabiter Gefängnisses an.¹⁸⁴ Der König gab nach; Staatsanwalt Wentzel musste noch am gleichen Tag die Gefangenen in Moabit in einen Saal zusammenrufen lassen und verkündete ihnen ihre Entlassung.¹⁸⁵ Um 13.00 Uhr waren alle in Freiheit und wurden vor den Gefängnistoren von einer jubelnden Menschenmenge empfangen, die sie auf einem Triumphzug durch die Berliner Straßen begleitete.¹⁸⁶ Kein Beil gab es für Mieroslawski. Er zog weiter gen Süden und nahm etwa im Juni 1849 in der badisch-pfälzischen Armee an den revolutionären Befreiungskämpfen teil.¹⁸⁷ Staatsanwalt Wentzel zog es wieder an ein Gericht, nach Ratibor.

Julius Hermann von Kirchmann hielt noch als Staatsanwalt 1847 seinen legendären Vortrag über „Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“. Er verwies

182 GStA PK, I. HA Rep. 97, Nr. 4693. Die Angaben wurden in einen Druck der „Inhalts-Nachweisung“ der Anklageschrift eingetragen, in dem die Angeklagten numerisch unter Nachweis der Seitenzahl des Anklageschrift-Druckes aufgelistet worden waren. Hinter jeden Namen ist der Schuldspruch, das Strafmaß oder die Klageentbindung gekritzelt. Die Namen der acht zum Tode Verurteilten sind handschriftlich unterstrichen und mit der Notiz „Beil“ versehen worden.

183 Zu diesem Streitpunkt in den regierungsinternen Arbeiten zum Gesetz vom 17. Juli 1846: Collin (2000), 66 ff., 70, 74.

184 Fuchs (1998), 55.

185 Fuchs (1998), 55.

186 Fuchs (1998), 56.

187 Fuchs (1998), 57.

dabei auf den Polenprozess: Als erster Beleg für seine zum geflügelten Wort gewordene These – „[...] drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur. Solch hartes Urteil verlangt ausführlichen Beweis [...]“¹⁸⁸ – diene ihm das Verfahren aus der Moabiter Gefängniskirche. Kirchmann fragte, worauf das spezifisch juristische Interesse an dem Polenprozess beruhe, und antwortete: „Auf nichts, als auf der mangelhaften Definition des Landrechts vom Hochverrat.“ Der Gesetzgeber sei es schuldig geblieben, die „Losreißung ganzer Provinzen vom Staat“ im preußischen Allgemeinen Landrecht tatbestandlich zu definieren und zu integrieren; mit dem polnischen Aufstand hatte sich gleichermaßen ein „Fall“ ergeben, den „das positive Gesetz [...] übersehen“ habe. Nur deswegen machten sich die Juristen an die Arbeit, „mit Hilfe von Wörterbüchern, Geschichte und Konstitutionen fremder Länder ein kunstvolles Gebäude aufzuführen“. Kirchmann stellte explizit auf die Staatsanwaltschaft – „die Behörde“ – ab, die mangels positiver Legalvorgabe „genötigt“ gewesen sei, ihre eigenen Begriffsgebäude im Gerichtssaal zu errichten, um ihre Konstruktionen in den Verhandlungsterminen sogleich von den Strafverteidigern „mit denselben Waffen alle Tage wieder zerstört“ zu sehen. Nun sei eine Gesetzesänderung in Aussicht gestellt worden, sodass „all jene Arbeiten, trotz ihres hohen wissenschaftlichen Wertes“ hinfällig werden würden. Kollege Wentzel und seine Gehilfen hatten also in den Augen Kirchmanns vergebens ihre Referate und Gutachten geschrieben.

Symptomatisch war, dass Wentzel als neuer Funktionär für just jenes Strafverfahren eingesetzt worden war, das Kirchmann als praktisch-theoretischer Beweis für die Hoheit des Gesetzgebers über das Gesetz – und folglich für die Vergeblichkeit allen wissenschaftlichen Bemühens um das positive Recht – diene. Es war mehr als ein Treppenwitz in der Geschichte der Rechtswissenschaft, dass ausgerechnet der Begründer der historischen Schule, Friedrich Carl von Savigny,¹⁸⁹ bereits durch zeitgenössische Stimmen für das Gesetz vom 17. Juli 1846 verantwortlich gemacht wurde.¹⁹⁰

Übrig blieb im Strafverfahren eine Staatsanwaltschaft, die sich einem Gesetz verdankte, das „versuchsweise nur für Berlin ein derartiges Verfahren ins Leben rief“

188 Kirchmann (1848/1988), 29; alle folgenden Zitate ebenda, bis wieder anders benannt.

189 Zu ihm zuletzt, aber wohl immer noch nicht abschließend: Lahusen (2013) – denn angekündigt ist Joachim Rückerts „Friedrich Carl von Savigny: Leben und Wirken (1779-1861)“, Köln 2016.

und „auf ein [...] Experiment berechnet“ gewesen war,¹⁹¹ eine Staatsanwaltschaft, deren Personal schon in den ersten zwei Arbeitsjahren komplett ausgetauscht wurde. Aus den ersten beiden Staatsanwälten entstand innerhalb kürzester Zeit eine eigenständige Verfahrensinstitution, wie sie sich als technische Hilfe in der kontingenten Berliner Gerichtspraxis gerade in labilen Umbruchszeiten und unter politischem Hochdruck bewährte.

Sie überlebte nicht nur, dass ihr Pilotverfahren, der Polenprozess, mit der erkämpften Freilassung der Verurteilten vor der Vollstreckung scheiterte; sie überlebte gesetzliche Anpassungen an liberale Forderungen, an oktroyierte Verfassungen und an die rheinische Strafprozessordnung ebenso¹⁹² wie Justizminister- und Kabinettswechsel und die Märzrevolution 1848. Das experimentelle ad-hoc-Gesetz vom 17. Juli 1846 wurde durch parlamentarische Debatten im Preußischen Landtag und in der Frankfurter Nationalversammlung begleitet, aber nicht modifiziert. Mit Verordnung vom 3. Januar 1849 übertrug man es praktisch wortgleich – und damit auch die Staatsanwaltschaft als Einrichtung im Strafverfahren – als „Muster“¹⁹³ auf alle altpreußischen Provinzen.¹⁹⁴

„Die Staatsanwaltschaft wurde als Verwaltungsbehörde akzeptiert.“¹⁹⁵ Als solche bildete sie einen Teil der Normalität im Recht, der unbeeindruckt von Straßenkämpfen, Verfassungskrisen und politischen Wechseln das Strafrecht pflegt. Bezeichnenderweise war ausgerechnet die Zeit, die von Instabilität und Umbrüchen geprägt war, zugleich die erste Stunde der preußischen Staatsanwaltschaft im Strafverfahren. Die neue Institution war damit nur mittelbar ein „Kind der Revolution“¹⁹⁶ – angesetzt als ein Mittel zur Bewältigung von Chaos und Zufall.

190 Ausgerechnet in einem Reformaufsatz vom ehemaligen Staatsanwalt Temme – und wohl fälschlicherweise, da der „Inhalt der regierungsinternen Verhandlungen“ und die einzelnen Beiträge zu den Entwürfen, etwa von Friedberg, nicht öffentlich gemacht worden waren, s. Collin (2000), 91. Dem von Savigny mitverfassten und damals veröffentlichten „Promemoria“ zum Gesetz vom 17. Juli 1846 möchte Collin (2000), 79, dann auch keine besondere Bedeutung zumessen; Savigny sei bei den Beratungen zur Staatsanwaltschaft regierungsintern eher außen vor gelassen worden, s. Collin (2000), 84.

191 Zitate bei Groß (1854), 23.

192 s. Collin (2000), 96 f.

193 s. Keller (1866), 156.

194 Collin (2000), 92 ff.

195 Collin (2000), 98.

196 So affirmativ mit rechtspolitischer Implikation: Hans Günter, Staatsanwaltschaft: Kind der Revolution; Versuch eines juristischen Essays, Frankfurt am Main 1973.

B. Die ersten Staatsanwälte?

Die Idee, Staatsanwälte zunächst versuchsweise in Berlin beim Kriminal- und Kammergericht und drei Jahre später auch bei den Gerichten in Altpreußen einzusetzen, kam natürlich nicht aus dem Nichts. Seit 1828 hatte der preußische Gesetzgeber eine Staatsanwaltschaft als Strafverfahrensbehörde auf seiner Reformagenda stehen. Bis zum besagten Gesetz vom 17. Juli 1846 war aber zunächst ein Gesetzesentwurf nach dem anderen verworfen worden.

Der erste dieser Entwürfe hatte 1828 noch eine neue Strafprozessordnung als Kodifikationsprojekt und darin eine Staatsanwaltschaft vorgesehen. Er besaß allerdings mehr den Charakter eines Grünbuches und war als Anstoß für eine Debatte gedacht, die stark durch die „Meinungsverschiedenheiten“ innerhalb der Gesetzgebungskommission geprägt war und kaum Grund zur Hoffnung auf eine sofortige Einigung bot.¹⁹⁷ Auf diesen Entwurf von 1828 folgten noch zwei weitere gescheiterte Entwürfe, die gewissermaßen die strukturierenden Gegenpole der Debatte bildeten: Der Entwurf von Duesberg 1833 zielte auf die Reform der preußischen Gerichtsverfassung ab und versuchte dort, eine mit dem Strafverfahren betraute staatsanwaltschaftliche Behörde zu etablieren, wurde aber abgelehnt.¹⁹⁸ Fast zehn Jahre später, 1841, brachte von Kamptz einen Reformentwurf zu einer neuen Strafprozessordnung ein, in dem er die Einrichtung einer Staatsanwaltschaft ausdrücklich verwarf. Aber auch dieser Entwurf wurde nie verwirklicht.¹⁹⁹ Das vom Polenaufstand motivierte Gesetz vom 17. Juli 1846 brachte also auch eine Reihe von Reformversuchen zu Ende; dies freilich in einem Moment, in dem die Zeit der großen preußischen Reformen eigentlich schon abgelaufen war.

Der preußische Gesetzgeber konnte bei seinen Vorhaben außerdem auch auf den Alltag zugreifen, den seine Verwaltungs- und Rechtsarbeiter im ehemals französischen Rhein-Preußen erlebten: Die dort etablierte französische Gerichtsorganisation sah für Strafsachen einen Prokurator vor, der die Anklage im Strafverfahren vertrat und nach napoleonischem 'Vorbild'²⁰⁰ institutionell der Ministerialverwaltung zugeordnet war. Zeitgenössische Stimmen kategorisierten

197 Collin (2000), 53; 57; grundlegend und ausführlich zum Entwurf 1828 durch den von Friedrich Wilhelm II. beauftragten preußischen Oberlandesgerichtsrat Friedrich Scheller Collin (2000), 54-58.

198 Dazu Collin (2000), 58 f.

199 Collin (2000), 59-61. Von Kamptz disqualifizierte die Staatsanwaltschaft als französisch-revolutionäre Institution und legte seine rechtspolitischen Hoffnungen für die Effektivierung des Strafverfahrens stattdessen in die preußische Polizei; Collin (2000), 60 f.

diese institutionell divergierenden Umstände als „Quellen der Erfahrung“, die von der preußischen Verwaltung „beobachtet“ worden und der „Nachahmung“ für wert befunden worden seien.²⁰¹ Diese Beobachtungen wurden nicht zufällig gemacht, sondern durchaus geplant. Man denke nur an die erste Amtshandlung von Staatsanwalt Wentzel, die aus einer Dienstreise in die Rhein-Provinzen bestand.

Damit wird aber auch schon deutlich, dass das 'französische Modell' nicht eins zu eins auf die altpreußischen Gerichte übertragen wurde, sondern durch Erfahrungs- und Übersetzungsleistungen mit der preußischen Staatsanwaltschaft gewissermaßen eine neue, eigenständige Kategorie geschaffen wurde.²⁰² An dieser Stelle vergleichend nach einer Her- oder Ableitung von der französischen Behörde zu fragen, käme der Suche nach einem Entwicklungsursprung gleich, den es nicht gibt.²⁰³

Aus denselben Gründen hat es keinen Sinn, sich hier mit dem vermeintlichen Gegenspieler des französischen Prokurators, dem mit der Frühen Neuzeit aufgekommenen deutschen Fiskal vertieft zu befassen. Direkt dem jeweiligen Landesherrn unterstellt, verdienten die Fiskale, auch *advocatii fisci* genannt, ihre Anteile an Sporteln etwa damit, dass sie Pachtzinsen eintrieben oder in schweren Verbrechen Beweise für das Kriminalgericht sicherten.²⁰⁴ Der Fiskal war auch am Reichskammergericht vertreten²⁰⁵ und sein Amt, das Fiskalat, existierte immerhin seit

200 Dölemeyer (2005), passim; allgemein und im Sinne der traditionellen Rechtstransferforschung: Kervégan, Jean-François / Mohnhaupt, Heinz (Hgg.), *Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Deutschland und Frankreich*, Frankfurt am Main 2001; Dölemeyer, Barbara/ Mohnhaupt, Heinz / Somma, Alessandro (Hgg.): *Richterliche Anwendung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen außerhalb Frankreichs*, Frankfurt am Main 2006.

201 Molitor (1843), 6; 26. Später auch Mittermaier (1856), 10: Man habe „flüchtige Reisen in die Rheingegend“ unternommen, „um dort selbst die Stimmen der Praktiker zu hören oder um den Verhandlungen [...] beizuwohnen“.

202 Eine ergiebige rechtshistorische Untersuchung dieses Vorgangs bedarf eines kulturwissenschaftlichen Methodenansatzes, der die Transformation institutioneller Bedingungen erfassen kann. Am Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main wird mit diesem Fokus etwa zu „Rechtskultur und Methode in Deutschland, Frankreich und Japan (19. Jhd.)“, oder zur „Regulierung ehelicher Konflikte im linken Rheinland und in Frankreich (1798-1814)“ geforscht, s. Scheuch, Laila: *The Regulation of Marital Conflicts in the Rhineland and in France between 1798 and 1814*. Report on a PhD Project, in: *Frühneuzeit-Info* 26/2015, 228-233.

203 Bei Interesse an der französischen Behörde: Günter Haber (1979), Wohlers (1994), 63 ff., Knollmann (1994), 90 ff. und Dölemeyer (2005) verweisen für den 'Vorläufer' der Staatsanwaltschaft auf das napoleonische *ministère public*, auf die *commisaires du roi* aus der republikanischen Revolutionszeit oder auf Beamte des Ancien Régimes, auf die *procureurs du roi*. Dazu insgesamt Wulf-Kuckelsberg, Susanne: *Procureurs-Accusateurs-Commisaires*. Die ursprünglichen Funktionsträger der Staatsanwaltschaft, Frankfurt am Main 2005.

204 So das Beispiel für das Territorium des Herzogtums Oldenburg, Hülle (1977), 131.

205 Rautenberg, Björn: *Der Fiskal am Reichskammergericht, Überblick und exemplarische Untersuchungen vorwiegend zum 16. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 2008.

1468 auf preußischem Territorium²⁰⁶, aber auch in weiteren deutschen Territorialstaaten²⁰⁷. Im Hochstift Osnabrück etwa betrieb man ein Fiskalat, für dessen Vertreter sich innerhalb der organisatorischen Einheit „Justizkanzlei“ zu Beginn des 19. Jahrhunderts eine Konkurrenz zur Gerichtsbarkeit entwickelte.²⁰⁸ Damit deutete sich selbst auf kleinster Organisationsebene eine Trennung der Gerichte von der allgemeinen Verwaltung an. Die Strafrechtsreformen des 19. Jahrhunderts hatten das Fiskalat durchaus noch als Projekt mit Entwicklungspotential in Betracht gezogen und versucht, es als „altdeutsche“ Einrichtung gegen die französische Gerichtsorganisation in Stellung zu bringen.²⁰⁹ Als „ursprünglich germanische Institution“ wurde das Fiskalat dann aber nicht zuletzt von Savigny harsch als „Schattenbild ohne reele Bedeutung“ disqualifiziert, dem man als „ganzes Institut“ in Preußen bereits 1809 endgültig „ein Ende gemacht“ habe.²¹⁰ Damit kann man es bei der Feststellung belassen, dass die Diskussion um das Fiskalat im juristischen Diskurs ein Schulenstreit zwischen Germanisten und Romanisten war. Das Fiskalat war Anfang des 19. Jahrhunderts keine flächendeckend wirksame Institution mehr und wurde im Verlauf der defensiven Modernisierung folglich abgeschafft.²¹¹

Wenn man schon auf der Suche nach dem Ursprung der Staatsanwaltschaft im 19. Jahrhundert den Blick von Preußen weglenkt, stößt man in den anderen deutschen Territorialstaaten auf eine Vielfalt, die insgesamt die unterschiedlichen politischen und staatsrechtlichen Zustände widerspiegelt und eine der Bedingungen für die Entwicklung einer neuen Verfahrensinstitution war. So kann gerade der Versuch, anhand aller rechtspolitischen Reformaufsätze und partikularstaatlichen Verordnungen eine lineare Entwicklung zu einer einheitlichen deutschen

206 Zur Geschichte des preußischen Fiskalats: Heffter, August Wilhelm: Das ehemalige und zum Theil noch bestehende Fiskalat mit seinen Fehlern, in: Archiv des Criminalrechts, Jg. 1845, 595-613, passim; Keller (1866), 151 f.; Schmidt (1921), passim; Carsten/Rautenberg (2012), 33-36.

207 Zeitgenössische, rechtshistorische Darstellung mit Verweis auf die römischen *procuratores fisci* vel *Caesari* und *advocatii fisci* sowie auf „germanische“ Amtsankläger bei Ortloff (1856), 283-365. Ortloff machte für 1417 den ersten urkundlich erwähnten Fiskal Jacob Büman aus, der für den Herrn von Mainz Prozesse gegen Bürger der Stadt Frankfurt am Main führte (293); und später den 1433 von Kaiser Friedrich III. ernannten Fiskal-Prokurator für den kaiserlichen Fiskus, Hartung von Cappeln (294).

208 Rudolph (2001), 82 f.

209 s. Meckbach (1976), 45 ff.

210 Savigny (1846), 39. Im „Rechtsraum“ des ehemaligen Herzogtums Oldenburg war zuletzt 1732 ein Fiskal bestellt worden, Hülle (1977), 132.

211 Etwa 1805 auch in Gießen; s. Blaß (1934), 49. Das Fiskalat blieb bis 1877/79 institutionell nur in den Großherzogtümern Mecklenburgs erhalten, die sich aber – traditionellen Inseln gleich – sämtlichen Reformen entzogen.

Staatsanwaltschaft nachzuweisen,²¹² nur dazu kommen, dass Vielfalt statt Einheit herrschte.²¹³

I. Vielfalt und Tagesordnung

In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts führte man die Staatsanwaltschaft als Behörde in den Territorialstaaten noch nicht einmal unter einem einheitlichen Namen: Die Juristen debattierten über sie unter der Bezeichnung „Öffentliche Ministerii“ oder „Staatsbehörde“.²¹⁴ „Staatsanwälde“²¹⁵ und „Staatsanwalt“²¹⁶ arbeiteten auch unter der Bezeichnung „Kronanwalt“²¹⁷, „herzoglicher Staatsanwalt“, „Öffentlicher Anwald“, im „Anklageamt“²¹⁸ oder in der „Prokuratur“. Der „Gattungsbegriff“²¹⁹ war noch nicht geklärt, weil insbesondere die kleinen Territorialstaaten kaum eine in institutionellen Strukturen ausgeprägte Verwaltung besaßen. Wenn noch kein Behördenunterbau hinter den Staatsanwälten stand, zeigte man sich seitens der Politik eher gleichgültig, was deren „Namensgebung“ anbelangte: Im Königreich Hannover stritt man sich im Justizministerium zwar immerhin um eine passende Bezeichnung für den „öffentlichen Anwald“, der dort 1841 nur als eine Ein-Mann-Stelle installiert worden war;²²⁰ nicht alle Beamten zeigten dabei aber besondere Leidenschaft – „Irgend ein Titel für den [einen] Mann wird wohl ausgemittelt werden müssen“.²²¹

Nicht nur in der Namensgebung, auch in der Organisationsform der Staatsanwaltschaft, dem Dienstrecht und dem Aufgabenumfang wiesen die Territorialstaaten Unterschiede auf: Der besagte öffentliche „Anwald“ im Königreich Hannover arbeitete zunächst allein und als Beamter des Justizministeriums (1841-1849), dann als originär staatsanwaltschaftlicher Beamter in der Kronanwaltschaft

212 Bei Carsten/Rautenberg (2012), z.B. 54 ff.; bei Dettmar (2008), 23 ff.

213 So lesen sich die Ergebnisse von Carsten/Rautenberg (2012), 70 f.: „Unterschiede“, „differenziertes Bild“, „wenig einheitlich“; Dettmar (2008), 25: „vielfältige Schübe und Mischformen“, 59: „polymorphes und durchaus verschwommenes Gesamtbild“, recht zersplittert“, „zahlreiche Unterschiede“; und schon von Kohlhaas (1963), 37: Die Staatsanwaltschaft entspringe einer „wechselvollen [...] Verschiedenheit“.

214 Thesmar (1844), 2.

215 Wortlaut des Entwurfes eines Gerichtsverfassungsgesetzes der Herzogtümer Schleswig-Holstein, 1850; abgedruckt bei Schmidt (1992), 11.

216 Die folgenden Aufzählungen der institutionellen Organisation sind, wenn nicht anders benannt, entnommen aus: Carsten/Rautenberg (2012), 50-70 und Dettmar (2008), 23 ff.; dort auch Hinweise zu den einzelnen Verordnungstexten. Eine ähnliche Aufzählung für – Frankreich, Schottland, Holland, Italien etc. findet bei Mittermaier (1848/1990), passim.

217 Im Königreich Hannover durch Umbenennung in der 1859 geänderten StPO, s. Keller (1866), 18.

218 So die bayerischen Staatsanwälte, bei Keller (1866), 94.

219 Brauer (1847), 158, Anm. 6.

220 Knollmann (1994), 132.

221 Knollmann (1994), 135 f.; Fn. 143.

und in behördeninterner Zusammenarbeit mit beauftragten Richtern (1850); auch im Herzogtum Anhalt-Bernburg war nur ein einziger Beamter als Staatsanwalt für alle Gerichte bestellt worden; er bekam auf Antrag Gehilfen zugeteilt, musste seinen Wohnort in Bernburg beim Herzog haben und für mehr als drei Tage Abwesenheit von der Residenz Urlaub beantragen (1850);²²² in Bayern war der Staatsanwalt zwar vorgesehen (StPO 1848), „die Organisation als selbstständige Behörde aber noch nicht durchgeführt“, sodass der Justizminister Gerichtsräte vom Appellations- und Oberappellationsgericht temporär zu Anklägern bestellte oder an den unteren Gerichten jeweils einen Richter beauftragte – „im „provisorischem Zustande“ war damit „die Aufstellung eines Staatsanwalts ermöglicht“ (bis zur ersten eigenen Stellenbesetzung im Februar 1851).²²³ Ähnliches galt für Württemberg, wo die Staatsanwaltschaft zunächst nur in „schweren Straffällen“ (StPO 1843, Strafraumen ab 5 Jahren Zuchthausstrafe) vorgesehen war, die in der Praxis aber „verhältnismässig selten“ anfielen – deswegen wurden keine eigenen Beamten aufgestellt, sondern Mitglieder des Zivilsenats vom Kreis- oder Bezirksgericht im „Nebenamt beauftragt“, was man (trotz entsprechender Änderung der StPO 1852) als Stellenbesetzungsverfahren beibehielt.²²⁴ Die württembergischen Staatsanwälte an den vier Kreisgerichten waren im Geschäftsalltag voll ausgelastet – als richterliche Beamte nahmen sie deswegen nur noch an Plenarsitzungen des Gerichtshofes teil, während ihre Stellvertreter und der Generalstaatsanwalt weniger zu tun hatten und „den größten Teil ihrer Zeit ihrem Hauptamt als Mitglied eines Zivilsenats widmen“ konnten (1866).²²⁵ Im Großherzogtum Oldenburg wurden richterliche Beamte zu Staatsanwälten berufen, die für diese Zeit aus dem Kollegium ausschieden, weiterhin aber in der Besoldung der Richter blieben und schließlich wieder an die Gerichte zurückkehrten (1857).²²⁶ Gleiches galt für die Kronanwälte in Hannover, die noch eine Besoldungszulage erhielten (1859).²²⁷ Im Herzogtum Braunschweig sollten zunächst Kreisdirektoren die Aufgaben der Staatsanwaltschaft an den Kreisgerichten übernehmen; dann setzte man jedoch „hauptamtliche

222 Verordnung über das Ressort und die Geschäftsverteilung der Beamten der Staatsanwaltschaft v. 28. Oktober 1850, in: Herzoglich Anhalt-Bernburgische Gesetzessammlung, Neunter Band 1849/1850, 468-472.

223 s. Keller (1866), 94.

224 s. Keller (1866), 188.

225 s. Keller (1866), 190 f.

226 Hülle (1977), 137.

227 s. Keller (1866), 150.

Staatsanwälte“ ein (1850);²²⁸ der erste Braunschweiger Oberstaatsanwalt war ursprünglich Oberappellationsrat und „scheint das neue und noch unbekannte Amt zunächst nur vorläufig verwaltet und mit der endgültigen Übernahme gezögert zu haben“ (1850).²²⁹ Im Herzogtum Sachsen-Altenburg setzte man an den zwei Kriminalgerichten einen Staatsanwalt mit „Vice-Staatsanwalt“ und „erforderlichen Falls ständigen oder zeitigen Gehülften“ und am Oberappellationsgericht einen Generalstaatsanwalt ein – wobei Strafverfahren vor dem Einzelrichter durch diesen von Amts wegen und auch in zweiter Instanz gänzlich ohne Staatsanwalt geführt wurden (1854);²³⁰ In Bayern hatte für den „Verhinderungsfalle sämtlicher Staatsanwälte“ der Gerichtsvorstand das Recht, Gerichtsmitglieder „für die Aushilfe“ zu bezeichnen (ab 1850; ähnlich in Sachsen);²³¹ im Herzogtum Sachsen-Meiningen war der Oberstaatsanwalt zugleich Mitglied des Appellationsgerichts für Zivilsachen (1854);²³² im Herzogtum Sachsen war der Oberstaatsanwalt zugleich Generalstaatsanwalt (1866);²³³ in Anhalt-Dessau-Köthen verwaltete er nebenbei das gesamte Gefängniswesen (1854);²³⁴ in Sachsen-Altenburg gab es keinen Oberstaatsanwalt (1854);²³⁵ der Staatsanwalt arbeitete in allen gerichtlichen Instanzen (Baden, 1845; Sachsen, November 1848 - September 1850); nur am Oberappellationsgericht und an den Bezirksgerichten (Sachsen, 1855); im Kurfürstentum Hessen arbeitete ein Staatsprokurator nur am Obergericht, während in den unteren Instanzen seine „Substituten“ die Geschäfte wahrnahmen (1851);²³⁶ in Bayern trat er bei Forstfreveln in zweiter Instanz neben dem Revierförster auf (ab

228 Börker (1968), 37 f.

229 Börker (1968), 43.

230 Groß (1854), 9; 19 ff.; 26: „Man hat sich in Altenburg die Aufgabe gestellt, die Strafrechtspflege neu zu organisieren, ohne die bisherige Organisation der mit der Civilrechtspflege betrauten Behörden zu verändern und ohne die in der untersten Instanz bestehende Vereinigung zwischen Justiz und Verwaltung aufzuheben“; 28: „Bei jedem der beiden Altenburgischen Kriminalgerichte wird ein Staatsanwalt ausreichend, wenn auch nicht übermäßig beschäftigt sein. Die ausschließliche Zuweisung zweier Vice-Staatsanwälte ist indeß ein Überfluß, der in andern Staaten den Staatsanwaltschaften mit demselben Geschäfts-Umfang nicht gewährt wird“; die Vice-Staatsanwälte seien „nicht ausreichend beschäftigt“, 35; dass aber die Verfahren vor dem Einzelrichter ganz ohne Staatsanwalt geführt werden, sei „zuvörderst zu bedauern“, 34. Groß selbst war Staatsanwalt am Appellationsgericht in Eisenach; seine Anmerkungen sind deswegen als Standespolitik zu werten, die auf eine ständige Vertretung der Altenburgischen Staatsanwaltschaft in allen Strafverfahren abzielte.

231 s. Keller (1866), 96; 171.

232 s. Groß (1854), 36.

233 s. Keller (1866), 185.

234 s. Groß (1854), 36.

235 Groß (1854), 36: Es sei „eine wesentliche Lücke, daß die Altenburgische StPOrdnung keinen Oberstaatsanwalt“ kenne; 37: „Die Staatsanwaltschaft in Altenburg, wie sie jetzt ist, entbehrt sowohl der untern Organe als auch einer Spitze“.

236 s. Groß (1854), 30.

1852, bestätigt 1861);²³⁷ in Preußen war der Staatsanwalt acht Jahre nach Aufnahme der Arbeit am Kammergericht nun auch als Generalstaatsanwalt am Obertribunal (1852) eingesetzt; am Amtsgericht nur als „Polizeianwalt“ (1852); unter den preußischen Staatsanwälten stand „ein Staatsanwalt in den Hohenzoller'schen Landen“, der nicht in Talern, sondern in der süddeutschen Währung bezahlt wurde (1866);²³⁸ in der Rheinprovinz arbeitete der Staatsanwalt übrigens weiterhin als Prokurator.

Auf lokaler Ebene setzte sich diese Vielfalt noch stärker aufgefächert fort. Hier war die Organisation der 'Staatsanwaltschaft' zum Teil so unterschiedlich, dass sie eher als gewohnheitsrechtlicher Zustand erscheint. So nahmen etwa 1866 innerhalb des Königreichs Bayern nur am Stadtgericht München links der Isar Polizeikommisäre und Polizeiassessoren der königlichen Polizeidirektion sämtliche Aufgaben des Staatsanwaltes wahr,²³⁹ was ein Überbeißel von im restlichen Bayern schon abgeschafften Verwaltungsstrukturen war.

Zum Teil waren lokale Unterschiede auch der französisch-napoleonischen Gerichtsorganisation geschuldet: Im preußischen Gerichtsbezirk zu „Cöln“ arbeitete ein Generalprokurator anstelle eines Generalstaatsanwaltes.²⁴⁰

Auch im kurhessischen Rinteln unterschied man zwischen einem Staatsanwalt, der in Zivilsachen das Interesse des Landesherrn vertrat, und einem für Strafsachen zuständigen Prokurator.²⁴¹ Dieser Prokurator war institutionell in der Staatsbehörde, also ministerial organisiert. Er war allein im Strafverfahren tätig und hatte mit der „streitigen [nach kontradiktorischem Verfahrensprinzip organisierten] Rechtspflege überhaupt [...] nichts zu schaffen“. Der Unterschied zwischen den beiden Ämtern bestand darin, dass der Prokurator als „selbstständiges Organ der Justiz“ wirken sollte, während der Staatsanwalt den Begriff der „partie“ besetzte und für die Interessen der monarchischen Regierung Kurhessens auftrat – soweit jedenfalls die Idee. In der Praxis war es so, dass der Prokurator und der Staatsanwalt einen gemeinsamen Standort teilten – die Stadt Rinteln und dort das Obergericht. Das Obergericht besaß mit dem kurhessischen Organisationsedikt von 1821 auf dem Papier die formelle Unabhängigkeit für die Rechtsprechung. Die derart „angeordnete

237 s. Keller (1866), 109.

238 s. Keller (1866), 168.

239 s. Keller (1866), 97.

240 s. Keller (1866), 168; er erhielt 500 Taler weniger in der Besoldung.

241 s. Seelig (1864), 10; daraus auch die folgenden Zitate, bis wieder anders benannt.

Trennung der Justiz von der Verwaltung“²⁴² währte allerdings nicht lange. 1851 wurde das Obergericht wieder aufgelöst und die Gerichte in Zivilsachen wurden insgesamt wieder in die Justizämter, also in die regierungsinterne Verwaltung, eingegliedert.²⁴³

Die Strukturierung des Rintelner Obergerichts in dieser Episode (1821-1851) bildete im weitesten Sinne den Kampf ab, den Vertreter des liberalen Bürgertums und die monarchische Regierung um politische Partizipations- und Entscheidungsinstrumente führten.

Unabhängig von diesem politischen Konflikt hielt sich aber eine lokale Infrastruktur aufrecht, die den regulatorischen Vorstellungen oft zuwider lief. So war noch 1858 das regionale Gefälle innerhalb Kurhessens so stark, dass man als Argument für den nun neu zu verhandelnden Standort des Obergerichts vorbrachte, Juristen in Kassel könnten Schaumburger Rechtsverhältnisse nicht verstehen²⁴⁴. Seit 1821 – eben dem Jahr, in dem das Rintelner Obergericht seine Unabhängigkeit erhielt – war dort am Obergericht auch nur ein einziger hoheitlicher Staatsbeamter²⁴⁵ vorgesehen und ansässig gewesen. Er übte sowohl die Strafverfahrens- als auch die Zivilverfahrenstätigkeit aus, vereinte also die als getrennt konzipierten Ämter des Prokurators und des Staatsanwaltes in Person.²⁴⁶ Der politisch erkämpfte Unterschied von Verwaltung und Justiz reduzierte sich durch diese Personalunion auf einen Rollentausch, wenn er nicht gar zur Farce wurde. Schlichte Leugnungsversuche²⁴⁷ halfen diesem Zustand nicht ab, sondern vermochten allenfalls, seine Offensichtlichkeit zu verdrängen.

242 Abgeordneter Reischauer: Die Zurückgabe des Obergerichts nach Rinteln betreffend, in: Verhandlungen des Kurhessischen Landtags, 2. Kammer, 1858, Beilage 6, Sp. 1.

243 Für Strafsachen machte man von dieser Wiedereingliederung eine Ausnahme und beließ ein Kriminalgericht übrig.

244 Abgeordneter Reischauer: Die Zurückgabe des Obergerichts nach Rinteln betreffend, in: Verhandlungen des Kurhessischen Landtags, 2. Kammer, 1858, Beilage 6, Sp. 3 f.: „[...] daß in Schaumburg sehr viele eigenthümliche Verhältnisse und Rechtsinstitute bestehen, deren Kenntniß und angemessene Berücksichtigung von einem in Rinteln befindlichen Obergerichte wohl, nicht aber von einem in Kassel zu erwarten ist, was [...] durch die bisherigen Erfahrungen zu genüge sich besthätigt hat.“

245 1845 war Röttger Gauslandt als Staatsanwalt tätig; er war zugleich auch Obergerichtsanwalt; Deutsches Anwaltsbuch (1845), 144.

246 Das entsprach inhaltlich allerdings der Zuständigkeit der Richter, denn das Obergericht setzte sich aus einem einzigen Senat zusammen, der Straf- und Zivilsachen noch als einheitliche Materie behandelte.

247 Seelig (1864), 10: Die am Obergericht Rinteln vorkommende Personalunion von Prokurator und Staatsanwalt „[...] hat natürlich mit der hier behandelten Frage [nach den „Funktionen der Staatsbehörde“ als Regierungsbehörde oder selbstständige Anlagevertretung, sic] gar keine Gemeinschaft“.

Angesichts dieser Vielfalt und ihrer politischen Widersprüche zeigten sich selbst die juristischen Experten auf dem 4. Deutschen Juristentag 1863 ratlos: Zu einer spruchreifen Beschlussfassung über den Zustand der Staatsanwaltschaft habe eine „Gesamtübersicht dieser Entwicklung“²⁴⁸ gefehlt. Die eigenen Erfahrungen, die man den Kollegen vortrug, vermehrten die Unübersichtlichkeit nur, weil ein jeder „vorzugsweise die in seinem engeren Vaterlande bestehenden Einrichtungen seinen Erörterungen zu Grunde legte“²⁴⁹. Auch knapp fünfzehn Jahre nach Einrichtung der Staatsanwaltschaft in Altpreußen waren also die Unterschiede zwischen den jeweiligen Justizorganisationen der Territorialstaaten und innerhalb dieser so groß, dass sich kaum ein gemeinsamer Nenner finden ließ. Außerdem hatten die deutschen Juristen anscheinend keine legitimatorische Vorstellung von einer Staatsanwaltschaft, die das Potential für ein einheitliches Ideal besaß. Was den idealen Staatsanwalt ausmachen sollte, blieb in der juristischen Standespolitik unbeantwortet und der Kontrast zu dem wirkungsmächtigen Richterbild der Juristen jener Zeit²⁵⁰ hätte größer nicht sein können.

Die vorläufige Kapitulation der deutschen Juristen vor einer einheitlichen, idealen Definition der Staatsanwaltschaft rührte deswegen nicht nur von der Regelungsvielfalt, sondern auch von einer politischen Betroffenheit her. Schon die Beispiele der Ex-Staatsanwälte Kirchmann und Temme, aber auch die Rintelner Zustände und die hannoveraner 'Kronanwaltschaft'²⁵¹ führten den Juristen vor Augen, dass zur Mitte des 19. Jahrhunderts die liberalen Hoffnungen und der „Justizstaat“²⁵² noch keine politische Wirklichkeit geworden waren. Die Uneinigkeit auf dem 4. Deutschen Juristentag über die Staatsanwaltschaft gründete mittelbar auch auf der Uneinigkeit über die Stellung der eigenen Zunft: Wo stand man nach dem Scheitern²⁵³ des Verfassungs- und Justizstaates? Wohin wandte man sich in Zeiten der Restauration und Reaktion und des preußischen Verfassungskonfliktes? Die

248 Seelig (1864), Vorrede, III.

249 Seelig (1864), Vorrede, III.

250 Ogorek (1986/2008), 368 f.: „Vor diesem Assoziationshintergrund enthielt die Berufung auf eine rein logische Tätigkeit der Rechtsprechung die Behauptung ihrer – politischen – Ungefährlichkeit“, „das Bild vom unpolitischen [...] logisch-mechanisch handelnden Richter in [...] Abgrenzung gegenüber der als feindlich verstandenen Staatsmacht“.

251 Dadurch provoziert wurde Keller (1866), der auf staatliche Für- und Daseinvorsorge anstelle von souveräner Machtpolitik verweist, 197, Fn. 2: „Der Titel Kronanwaltschaft“ sei „unrichtig“, der Monarch habe „für eine gute Rechtspflege zu sorgen“ und „daher“ die Beamten zu stellen; „niemand“ würde es deswegen aber etwa „passend finden“, auch die „Justizbeamten in Kronbeamten umzutaufen“.

252 Ogorek (1986/2008), 287 f.

Zugehörigkeit der Staatsanwaltschaften zur Verwaltung der monarchischen Regierungen war zu evident, als dass sich das „Kind der Revolution“ überhaupt noch als Projektion liberaler Hoffnungen geeignet hätte. Das Institut war ab den 1860er Jahren, der Enttäuschung der liberalen Juristen in der Reaktion nach 1848 folgend, rechtspolitisch in „allgemeinen Misskredit“ geraten. Bezeichnenderweise war es ein Rechtsanwalt,²⁵⁴ der für den 3. Deutschen Juristentag den Antrag gestellt hatte, die Staatsanwaltschaft als ständige Behörde gänzlich abzuschaffen und durch Richter zu ersetzen.²⁵⁵ Der 4. Deutsche Juristentag, der sich an anderer Stelle zur 'deutschen' Staatsanwaltschaft gerade vor seinem eigentlichen Assoziationsziel, der „Rechtseinheit“,²⁵⁶ doch so entscheidungsunfähig zeigte, lehnte diesen Antrag unisono ab. Seine Juristen sprachen sich trotz ihrer Definitions- und Ratlosigkeit und trotz aller politischer Bedenken für die Verwaltung des Strafrechts aus: „In Erwägung, dass das Institut der Staatsanwaltschaft wol dringend der Reform bedürftig ist, nicht aber eine ständige Anklagebehörde entbert werden kann, geht der Juristentag zur Tagesordnung über [...]“.²⁵⁷

II. Der Staatsanwalt als Ankläger?

Auf ihrer Tagesordnung räumten die Juristen der Staatsanwaltschaft also schon damals einen festen Platz als Anklagebehörde im reformierten Strafprozess ein. Damit knüpften sie an die Reformdebatten vor 1848 an, in denen eine Staatsanwaltschaft über das Akkusationsprinzip für den Strafprozess eingefordert worden war. Nicht nur das als maßgeblich empfundene preußische Gesetz vom 17. Juli 1846 bestätigte diese Stellung und Aufgabe, auch im Pilotverfahren der preußischen Staatsanwaltschaft drängte sich die Staatsanwaltschaft vor allem als Anklagebehörde in den Vordergrund. Schließlich hatte man zum Polenprozess nicht zuletzt die Anklageschrift veröffentlicht; überhaupt war von jener Zeit an durch die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung im Strafprozess der Staatsanwalt als Ankläger

253 Für Rheinhessen: Ogorek (1986/2008), 355 ff., 365 f.: „Die Gesetzgebung stand damit nicht mehr in Opposition zum Justizministerium, sondern war dessen verlängerter Arm geworden. Die Justizgesetze der Folgezeit befestigten dementsprechend die Kompetenzen der Regierung zu Lasten der Gerichte.“

254 Die Anwaltschaft stand bis zur Rechtsanwaltsordnung 1878 formell nicht in freier Advokatur, ihre Mitglieder emanzipierten sich aber seit der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts – etwa über die Bildung von Anwaltsvereinen – von ihrer Stellung als Staatsbedienstete; s. dazu Lahusen (2011) 110-113, mit weiteren Nachweisen.

255 s. Keller (1866), 201.

256 Genannt in § 1 des Status des Deutschen Juristentages 1860; s.a. Lahusen (2011), 107.

257 s. Keller (1866), 201; der Antrag des Rechtsanwaltes erhielt genau eine Stimme – seine eigene.

konkret erfahrbar geworden. Auch der ab 1860 weitergeführte juristische Diskurs zur Staatsanwaltschaft entsprach dieser Konzentration auf den Strafprozess und auf die Anklage und wird dergestalt bis heute durch rechtshistorische²⁵⁸ und rechtssoziologische Forschung gespiegelt. Dem entspricht, dass man in einer Chronologie der Gesetzgebung das liberale Baden (1832) als „Vorreiter“²⁵⁹ einer Staatsanwaltschaft in Strafsachen nennt, gefolgt von den größeren Partikularstaaten Hannover (1841) und Württemberg (1843), bis schließlich das – auch später für die Reichsjustizgesetze – maßgebliche Preußen seine Gesetze (1846/1849) erließ.

Primärquellen aus dem 19. Jahrhundert zeigen aber, dass diese Fokussierung auf die Staatsanwaltschaft als Institution des Anklägers eine finale Zuspitzung ist. Sie gibt zwar einen dominanten Teil des juristischen Diskurses wieder, stellt aber nur einen Ausschnitt der Bedingungen und Möglichkeiten dar, unter denen die Staatsanwaltschaft im 19. Jahrhundert etabliert wurde. Karl Joseph Anton Mittermaier als Gewährsmann der Strafprozessreformer im Vormärz gibt diese Zustände explizit wieder. So hatte er formuliert, dass für eine Staatsanwaltschaft „in Strafsachen [...] der Punkt“ liege, „wo auch vorzüglich ihre Thätigkeit genannt sein muß“²⁶⁰ – vorzüglich, nicht ausschließlich. Damit ist angedeutet, dass der Diskurs und die Geschichtsschreibung zur Staatsanwaltschaft im Strafverfahren Abbilder eines Prozesses darstellen, der sich durch eine zunehmende Spezialisierung auszeichnet.

Die Vielfalt, die für die Organisation der Staatsanwaltschaften in den Partikularstaaten festgestellt worden ist, gilt zumindest im 19. Jahrhundert auch für

258 So nicht nur durch Eberhard Schmidt, passim, sondern auch durch Collin (2000), passim, der sich zwar den preußischen Gesetzgebungsarbeiten zuwendet, dabei aber stets die Funktion der Staatsanwaltschaft als Mittel zur Durchsetzung von Kriminalpolitik betont.

259 s. Carsten/Rautenberg (2012), 55.

260 Dies machte er für die französische Staatsbehörde, aber auch für die deutschen Reformvorschläge zum Strafprozess aus; Mittermaier (1848/1990), 282.

ihre materiellen Aufgaben. Denn sieht man einmal vom Strafverfahren und der Anklägerfunktion ab, so stößt man schnell auf Versatzstücke, die aus heutiger Sicht eigentlich irritieren müssten: In Berlin wurden Staatsanwälte schon ab 1832 an dem heute weitestgehend unbekannten Oberzensurgericht und in ganz Altpreußen ab 1844 in Ehescheidungsverfahren eingesetzt. Bevor 1846/1849 also überhaupt eine preußische Staatsanwaltschaft für Strafsachen eingerichtet wurde, waren staatsanwaltschaftliche Beamte für Verfahren zuständig, die heute der Verwaltungs- oder Zivilgerichtsbarkeit gehören. Und in Baden, dem 'Vorreiter', waren die Staatsanwälte in Strafverfahren zunächst lediglich für zwei Delikte sachlich zuständig: Sie erhoben die Anklage bei sogenannten Preßdelikten und bei Ehrenkränkungen.

1. Baden

Die Staatsanwaltschaft, die ab Juli 1832 in Baden arbeitete, bildete ein Sonderreferat mit limitierter sachlicher Zuständigkeit, dem erst im Rückblick überhaupt eine kohärente 'Vorreiterrolle' attestiert werden kann. Von jedem der vier badischen Hofgerichte wurde ein Hofgerichtsrat als Staatsanwalt abgestellt; er bekam je einen „Substituten“ als Hilfsarbeiter zugeteilt.²⁶¹ Die vier Juristen blieben auch in dieser Rolle – wie die badischen Richter – „Staatsdiener“²⁶². Ihre Bestellung bestimmte eine großherzogliche Instrukтивverordnung.²⁶³

die aufgrund des neuen „Preßgesetzes“²⁶⁴ notwendig geworden war.

Dieses badische Preßgesetz gilt allgemein als Ausdruck einer liberalen Pressepolitik, der man sich in Baden für eine kurze Phase im Vormärz verschrieben habe: „Alle Zensur [...] ist aufgehoben.“²⁶⁵ Das Preßgesetz hatte neben der deklaratorischen Aufhebung der Zensur ein Kautions- und Druckerlaubnisverfahren vorgesehen,

261 Mayer (1852), 47. Haager (1860), 283: Die nach Gerichtsbezirken aufgeteilten Hofgerichte hatten ihren Sitz jeweils in Meersburg, Freiburg, Rastatt und Mannheim; am Oberhofgericht arbeitete der Staatsanwalt, der auch am Hofgericht Mannheim zuständig war.

262 Ormond (1994), 81 f.; zur Organisation der Staatsanwälte in Baden Brauer (1847), 169 f.

263 Die Instrukтивverordnung scheint eine badische Spezialität gewesen zu sein. Sie ist zunächst als monarchische Verwaltungs- und Vollzugsanweisung, also als formalisierter Befehl zu verstehen. In rechtshistorischen Kontext gesetzt, ist ihr dieselbe Wirkungskraft wie Gesetzen zuzuschreiben, weil zu jener Zeit der politische Streit um die Unterscheidung von (möglichst parlamentarischem) Gesetz und (monarchisch-exekutiver) Verordnung gerade erst offen ausbrach, Ogorek (2008), 191; Stolleis (1992), 110. Rechtliche Wirklichkeit war diese Unterscheidung damals noch nicht. Das zeigt sich zum Beispiel daran, dass badische Richter die Instrukтивverordnungen neben Gesetz und Argumentationsfiguren wie der Natur der Sache als gleichwertiges Material für ihre Urteilsbegründungen benutzten; so dokumentiert in: Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte, Nr. 38, Jg. 3/1835, 225; 268.

264 Abgedruckt in den Badischen Gesetzesblättern, Bd. 2/1834, 441-447.

dessen Einhaltung strafbewehrt war. Es regelte also ein differenziertes 'Verwaltungsverfahren mit Nebenstrafrecht'. Unter seinem zweiten Titel führte das Preßgesetz diese Strafnormen auf (§§ 18-22), die nur vor dem Hintergrund des Druckmediums Sinn ergaben: Sie enthielten neben nur zwei eigenständigen Straftatbeständen²⁶⁶ die Klarstellung, dass jedes Vergehen und Verbrechen auch „durch den Inhalt oder die Darstellung einer Druckschrift“ begangen werden könne und deswegen auch hierfür die „allgemeine Gesetzgebung“ gelte. Außerdem wurde für den Tatbestand der Majestätsbeleidigung „durch die Presse“ gleichsam eine mediumsbedingte Strafmaßerhöhung angedroht.²⁶⁷ Eher als Annex wurden zur Umsetzung noch Strafverfahrensregeln aufgestellt, die den öffentlichen Anklageprozess statuierten und eben die Staatsanwaltschaft als Anklagevertretung vorsahen.²⁶⁸

Außerdem erließ der Großherzog von Baden das „Gesetz über die Ehrenkränkungen“, das Beleidigungstatbestände unter Strafe stellte und als Privatklagedelikte ausgestaltete. Eine Ausnahme davon bildete ein Sonderdelikt, bei dem „Staatsbeamte“ und „Staatsdiener“ Tatobjekte waren. Hierfür führte der Staatsanwalt unter Verweis auf die Verfahrensregeln des Preßgesetzes die Anklage.²⁶⁹

Der politische Kern des Preßgesetzes, die Aufhebung der allgemeinen Zensur, war eine Idee, die zunächst nur auf dem Papier stand²⁷⁰ und durch Bundesbeschluss innerhalb kürzester Zeit wieder rückgängig gemacht wurde.²⁷¹ Mit dieser Änderung

265 § 1 Preßgesetz; zur Entstehung des Preßgesetzes: Germann (1948), 216 ff. Arnold (2003), 116 f., wertet das Preßgesetz als „ein sehr liberales Gesetz“ mit einem „materiellen Fortschritt der Entwicklung der Pressefreiheit“. Moses (2006), 48, sieht es als „einen ersten Erfolg“, weil es „in Teilbereichen der Rechtspflege den mündlichen Anklageprozeß“ realisierte; Die Pressefreiheit war durch ein Kautionsystem zulasten des verantwortlichen Redakteurs (§ 7 Preßgesetz) allerdings nur als soziales Privileg-Wohlhabenden vorbehalten; s.a. Germann (1948), 226 f.

266 § 21 schützte jede „anerkannte Religionsgesellschaft“ vor „Ausdrücken der Verachtung“ in Druckerzeugnissen, § 22 stellte die Darstellung und Verbreitung „unzüchtiger Gegenstände“ durch Druckschriften unter Strafe.

267 § 20 Preßgesetz, unter Verweis auf das Gesetz über die Ehrenkränkung.

268 §§ 43-89 Preßgesetz.

269 Abgedruckt in den Badischen Gesetzesblättern, Bd. 2/1834, 447 f.; diese Problematik ist heute mit dem § 194 StGB eingefangen.

270 Das Preßgesetz war nicht einmal vier Monate in Kraft, Arnold (2003), 131. Das Preßgesetz war zum 1. März 1832 in Kraft getreten und bereits zum 28. Juli 1832 durch Verordnung in seinen die Zensur regulierenden Normen wieder zurückgenommen worden. Diese Verordnung findet sich in den Badischen Gesetzesblättern, Bd. 2/1834, 561. Zu dieser Entwicklung generell Rotteck, zitiert bei Germann (1948), 222.: „Die Früchte der freisinnigen Verfassung Badens sind nicht ins Leben getreten.“

271 Unter Druck der Großmächte Preußen und Österreich, und mehr ratlos als tatkräftig, s. Arnold (2003), 121 ff.

fiel für die badischen Staatsanwälte allerdings nur das 'Nebenstrafrecht' weg, denn die Preß- und Ehrenkränkungsdelikte wurden beibehalten und später in das neu erlassene badische StGB übernommen – sie lebten weiter fort, und mit ihnen die badischen Staatsanwälte.

Diese nahmen mit ihrer strafprozessualen Arbeit für die Preßdelikte an der Regulierung eines politischen Gebietes teil, das sich im Vormärz „als konstitutiv für die entstehende bürgerliche Öffentlichkeit herauskristallisiert“ hatte²⁷². Mit der Pressefreiheit verband man die politische Hoffnung, dass durch sie ein die Bürgerschaft umfassendes Partizipationspotential aktiviert werden würde.²⁷³ Zugleich bedeutete die Pressefreiheit in Verknüpfung mit staatspolitischen Forderungen eine grundlegende Modusänderung für die Ausübung politischer Macht: „Eine Preßfreiheit verbunden mit absoluter Monarchie ist undenkbar. [...] Eine freie Presse kann nur im Rechtsstaate gedeihen“²⁷⁴. Dieser Komplex – die Presse verbunden mit der politischen Meinungsfreiheit als bürgerliches Recht – war in dieser Form ein neues Phänomen. Ihm vorausgegangen waren Ende des 18. Jahrhunderts Veränderungen²⁷⁵ sowohl in der Informationsinfrastruktur²⁷⁶ als auch im Lektüreverhalten²⁷⁷. In dieser Zeit entstanden die ersten wenigen und kurzlebigen Zeitschriften, die dezidiert politische Kritik publizierten.²⁷⁸ Um 1848 herum erwuchs dann „ein Blätterwald“, auch durch die zahlreichen Neugründungen von Lokalzeitungen, der den „öffentlichen Meinungskampf“ und die „öffentliche Meinungsbildung“ in der breiten Masse möglich machte²⁷⁹.

Baden war nun von den deutschen Partikularstaaten im „täglichen Verkehr“ schon früh durch ein besonders großes Aufkommen „aller Produkte der Pressfreiheit“ betroffen – bedingt durch „die weite gemeinsame Grenze mit Frankreich“, wo seit der

272 Siemann (1995), 350.

273 Mügge (1845), 2: „Der menschliche Geist hatte ein Mittel erhalten, die kühnsten Wahrheiten, zahllos vervielfältigt, [...] zu überliefern und allen bewegenden Ideen einen rascheren Lauf zu geben. [...] Die Presse weckt die Köpfe und die Herzen“.

274 Mügge (1845), 3.

275 Die sogenannte „erste Leserevolution“, Wehler (1987/2008), Bd. 2, 522: Der Charakter des Lesens „wurde aus einem ursprünglich privaten, ständisch begrenzten Privileg zu einer allgemeinen, öffentlichen Angelegenheit.“

276 Wehler (1987/2008), Bd. 2, 522: „Lesekabinette, öffentliche Lesehallen, [...] Volksbüchereien“; Siemann (1995), 214: Von den „Lesegesellschaften“ hin zu den „Leihbibliotheken“.

277 Wehler (1987/2008), Bd. 2, 522: „Von der wiederholten intensiven Lektüre [...] zur extensiven neuen Lektüre“; Siemann (1995), 214: „[...] das sich nicht mehr intensiv auf nur wenige Bücher wie die Bibel [...] beschränkte, sondern sich vielen Titeln zuwandte.“

278 Wehler (1987/2008), Bd. 2, 526 ff.

279 Siemann (1995), 370 ff.

Julirevolution 1830 die Pressefreiheit formell hergestellt war.²⁸⁰ Das badische Preßgesetz ist deswegen auch als Versuch zu verstehen, ein besonders dringliches politisches Problem nicht zuletzt über eine Verfahrensänderung zu bewältigen. Man musste sich nicht nur mit der Forderung nach Meinungsfreiheit und schärfer werdender Kritik an der Zensur auseinandersetzen, sondern auch damit, dass sich unter den sozial-ökonomischen Bedingungen des 19. Jahrhunderts überhaupt „durch [...] Druckschrift“ eine Eigendynamik in der Kommunikation entwickeln konnte, die sich einer Regulierung tendenziell entzog. Dass im Vormärz aus gesamteuropäischer Perspektive „erhebliche Restriktion und Repression der Pressefreiheit“ die prägende „politische Strategie“ darstellte,²⁸¹ entspricht Versuchen, dieser Eigendynamik mit aller Macht Herr zu werden.

Das badische Preßgesetz enthielt vor diesem Hintergrund zur Bewältigung der politischen Problemlage doch wesentlich diffizilere Regelungen, als sein § 1 mit der präambelhaften Aufhebung der Zensur vorgab. Durch das statuierte gerichtliche Verfahren sowohl für das 'Nebenstrafrecht' als auch für die Preßdelikte wurde „eine Entscheidung zugunsten des Justizsystems“ getroffen, „eine weitgehende Abkehr von dem durch die Karlsbader Beschlüsse festgelegten Polizeisystem“ vollzogen.²⁸² „Die vom Pressegesetz vorgesehenen Strafen“ konnten „ausschließlich von den Gerichten verhängt werden“.²⁸³ Damit ist grundlegend eine Tendenz zur Verrechtlichung von vormals administrativ durchwirkter Materie festzustellen. Die Zensur hatte zuvor allein auf Verwaltungsebene in Amtsstuben stattgefunden.²⁸⁴ Aus soziologischer Perspektive wird die Erhöhung der gesellschaftlichen Akzeptanz²⁸⁵ betont, wenn ein politischer Inhalt – hier die Zensur – über ein gerichtliches Verfahren vermittelt wird. Für Baden bedeutete dies aber, dass mit den gerichtlich verhandelten Preßdelikten eine offizielle Kriminalisierung in Fällen etabliert wurde, die zuvor auf administrativen Wegen ohne Strafurteil geregelt worden waren. Die Preßdelikte waren zudem so ausgestaltet, dass sie keine konkrete einzelne

280 Germann (1948), 215; zum Aufschwung des badischen Pressewesens nach der französischen Julirevolution 1830: Salomon, Ludwig: Geschichte des deutschen Zeitungswesens, Bd. 3/1906, 413 ff., 423 ff.

281 Leonhard (2003), 31 f.

282 Arnold (2003), 116.

283 Arnold (2003), 116; wertet das Preßgesetz deswegen als liberalen Fortschritt.

284 Dagegen richtete sich die liberale Forderung, dass die „Censur von der Verwaltung getrennt“ werden solle; Mügge (1845), Vorrede, 3.

285 Von der verpassten Chance zur erhöhten Akzeptanz der Zensur bei der Bevölkerung im Sachsen des Vormärz schreibt Westerkamp (1999), 136 f.

Handlung sanktionierten, sondern eine Art Haftungskette aufstellten: Sie machten der Reihe nach Verfasser, Herausgeber, Verleger, Drucker und Verteiler (den Buchhändler) für den Text verantwortlich²⁸⁶ und statuierten dadurch annähernd eine Produkthaftung, die nicht nur den Autoren als Erzeuger, sondern auch die politische und ökonomische Umwelt eines Textes in die Verantwortung nahm.

Damit waren erste Anfänge gemacht, die „Kontrolle der öffentlichen Meinung“ über eine „weniger sichtbare, indirekte Zensur zu üben“.²⁸⁷ Es waren nicht länger Zensoren, die für jeden Leser greifbar „weiße Flecken“ in den Texten hinterließen; auch die Zeiten der öffentlich befohlenen Verbote einzelner Zeitungen wie des „Wächter am Rhein“ waren vorbei: Diese Art der Kontrolle war überholt und mutete nahezu plump²⁸⁸ an. Das tendenziell bereits präventiv ausgerichtete Verwaltungsverfahren wurde – zunächst nur teilweise – durch das eher repressive Gerichtsverfahren ersetzt. Für die Zeitungsredakteure und ihre Zeitungsartikel bedeutete dies, dass sie eine faktisch wahrnehmbare Sozialkontrolle durch Kriminalisierung erst nachträglich erfuhren. Damit einher ging allerdings auch eine grundsätzliche Verschiebung des Erwartungshorizonts. Nun war es nicht mehr der Zensor, der eingriff, bevor irgendjemand irgendetwas lesen konnte. Nun waren es stattdessen Redakteur und Autor, die, wenn sie durch ihre tägliche Arbeit nicht bewiesen, dass sie den Gesetzen folgten, potentiell auf der Anklagebank saßen. Das Gerichtsverfahren setzte zwar repressiv ein; der damit verbundene Kontrollanspruch hatte sich aber bereits vorverlagert in die Sphäre der Normadressaten. Im repressiven Gerichtsverfahren war zugleich ein vorgreifender Präventionsanspruch verborgen: Der Zeitungsredakteur als rechtsunterworfenen Bürger war stets Normadressat. Seine Teilnahme am gesellschaftlichen Leben war mit der steten Gefahr verbunden, angeklagt zu werden, und stand damit unter einem stets aktiven Selbstgericht – „wer sich verhaltensnormkonform verhält, hat somit nichts zu befürchten“²⁸⁹.

286 §§ 25-27 Preßgesetz.

287 Naujoks (1982), 114 ff.; zum Wechsel in den Kontrollstrategien und -verfahren nach 1848.

288 Naujoks (1982), 118: „diesen relativ simplen Unterdrückungsmechanismus jener vormärzlichen Kontrolle der öffentlichen Meinung“.

289 So affirmativ Reus (2010), 83; diese Aussage ist freilich bezeichnend für Vor- und Nachteile von Prävention. Vorteile und Nutzen – hier das mit den liberalen Idealen besetzte Justizverfahren anstelle des damals noch unkontrollierbaren Verwaltungsverfahrens – sind evidenter als ihre „Kosten“, die „weniger direkt und weniger konkret [...] auch seltener ins Entscheidungskalkül eingestellt“ werden und zulasten „der Selbstbestimmung des Einzelnen und der Freiheitlichkeit des Gesamtsystems“ gehen; Grimm (1986), 39.

Dass in Baden das vom Preß- und Ehrenkränkungs-gesetz „eingeführte Verfahren [...] gerichtlich“²⁹⁰ und nicht administrativ geführt wurde, hatte damit gewissermaßen einen langwährenden Preis. Mit den Preßdelikten, die auch nach 1832 trotz Wiederaufleben der Zensur beibehalten und genau wie die „Ehrenkränkungen“ wenig später in das badische Strafgesetzbuch aufgenommen wurden,²⁹¹ war dem materiellen Strafrecht eine vormals der Verwaltung obliegende Ordnungsaufgabe übertragen worden. Übertragungsmuster dieser Art lassen sich damit erklären, dass „das Strafrecht im Vergleich zu außerstrafrechtlichen Regulierungsalternativen als jedenfalls faktisch geringere Belastung angesehen“ wird, weil „anstelle umfänglicher verwaltungsrechtlicher Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen“ eben das „strafrechtskonforme Verhalten“ des Einzelnen greift.²⁹²

Für die badischen Staatsanwälte von 1832 gilt, dass ihre Geburtsstunde in den Augenblick dieser Übertragung fällt. Nicht die Reform des Strafverfahrens war für ihren Einsatz ausschlaggebend, sondern ein materielles Aufgabengebiet, das von der Verwaltung auf die Gerichte verlagert wurde und sich dadurch auszeichnete, dass Prävention durch Repression erreicht werden sollte. Dem entspricht, dass die badischen Staatsanwälte zunächst keineswegs im gesamten materiellen Strafrecht, sondern nur mit sachlich begrenzter Zuständigkeit arbeiteten und unter liberalen Vorzeichen eingeführt, aber unter reaktionären Bedingungen beibehalten wurden, weil man auch unter den veränderten politischen Bedingungen die Einführung der Preß- und Ehrenkränkungsdelikte nicht mehr rückgängig machte.

Außerdem ist eine bemerkenswerte Parallele zu den 1846 eingesetzten Berliner Staatsanwälten festzustellen: Ähnlich wie in Preußen mit dem Polenaufstand hatte sich in Baden mit dem grenzüberschreitenden Presseverkehr, den die sich radikalisierende, liberale badische Presse prägte,²⁹³ eine Situation ergeben, die der herkömmlichen Kontrolle zu entgleiten drohte und politisch extrem aufgeladen war. In dem durch das Preßgesetz etablierten Verfahren und auch nach der Wiedereinführung der Zensur lieferten sich Zensor, Polizei und Redakteure tagtäglichen „Kleinkrieg“²⁹⁴ – der Zensor zensierte und der Redakteur legte gegen

290 Keller (1866), 56; Hervorhebung im Original.

291 Für die „Ehrenkränkungen“ bedeutete das in Baden: §§ 285–325 des neuen Strafgesetzbuches, s. Keller (1866), 56.

292 Theile (2010), 150, in Bezug auf Wirtschaftsstrafrecht und mit Verweis auf u.a. Tiedemann, Schünemann und Hassemer.

293 Dazu Müller, Hildegard: Liberale Presse im badischen Vormärz. Die Presse der Kammerliberalen und ihre Zentralfigur Karl Mathy 1840-1848, Heidelberg 1986, insb. 40 ff.

294 Bultmann (2007), 91.

jeden einzelnen Zensurstrich Beschwerde bei der Großherzoglichen Regierung ein.²⁹⁵ Der Zensor leitete gegen den Redakteur aber auch zugleich polizeiliche Untersuchungen in Strafsachen ein, die zur Anklage durch den Staatsanwalt führen sollten.²⁹⁶ Nach Aufhebung des Preßgesetzes im Juli 1832 waren für diese Strafverfahren in erster Instanz nicht mehr die Gerichte, sondern die Stadtämter zuständig. Im Fall von Gustav Struve²⁹⁷ ist solch ein Strafverfahren mit Beteiligung des Staatsanwaltes nur ein Mal dokumentiert worden: Der Staatsanwalt hatte beim Stadtamt Mannheim wegen Übertretung eines Druckverbots eine Geldstrafe in Höhe von 20 Gulden beantragt²⁹⁸ und Struve legte gegen das entsprechende 'Straferkenntnis' des Stadtamtes Appellation beim Badischen Hofgericht ein.²⁹⁹ Dieser Vorgang wurde durch Struve selbst in seinen „Actenstücken der Mannheimer Censur und Polizei“ dokumentiert. Da er dort einen regen Schriftverkehr – eine „schiefer unendliche Fülle von Rekursen und Beschwerdeschriften, die alle rechtsstaatlichen Mittel des Großherzogtums ausnutzten und die Behörden fast zur Verzweiflung trieben“³⁰⁰ – wiedergab, aber darin nur ein einziges Mal in besagter Sache der Staatsanwalt auftauchte, ist plausibel, dass die Staatsanwälte in solchen kleinteiligen Auseinandersetzungen eine Filterfunktion übernahmen: Nicht jede polizeiliche Untersuchung, die der Zensor in seinem lokalen 'Kleinkrieg' als Abwehr gegen die Redakteure anzustrengen versuchte, brachten die Staatsanwälte auch zur Anklage. Ähnlich wie bei ihren Kollegen am Berliner Kammergericht war die Einrichtung der badischen Staatsanwälte im Strafverfahren eine experimentelle und zunächst sachlich begrenzte Lösung. Ihre Arbeit beschränkte sich keineswegs nur auf die Anklage, sondern erfüllte auch eine Sondierungsfunktion, die sich dann unabhängig von politischen Programmen strukturell als Verwaltung des Strafrechts bewährte.

295 Vgl. Struve (1846), etwa LXXVII f.

296 Struve (1846), VIII.

297 „Radikaler Anwalt“, Redakteur und Eigentümer der Mannheimer Abendzeitung; s. Bultmann (2007), 91; Nolte (1994), 279; s.a. Deuchert (1983), 176-183.

298 Struve (1846), CXXI ff.

299 Struve (1846), CXXI ff. Deuchert (1983), 180 macht „zehn Preßprozesse“ aus, mit denen die Polizei zusammen mit der Kreisregierung Struve „eingedeckt“ habe. Unklar bleibt, ob damit schon Gerichtsverfahren oder nur polizeiliche Anzeigen und staatsanwaltschaftliche Untersuchungen gemeint sind.

300 Nolte (1994), 279: Struve als „radikaler Anwalt“ habe diese rechtsstaatlichen Mittel besonders gut zu nutzen gewusst.

2. Preußen

Während sich über das Strafverfahren und die Anklage von den ersten Staatsanwälten in Baden 1832 immerhin eine Linie zu ihren preußischen Kollegen 1846/1849 ziehen lässt, ist eine solche Verbindung zu dem tatsächlich ersten Berliner Staatsanwalt nicht möglich: Dieser war nicht im Strafverfahren tätig, sondern er saß beim Oberzensurgericht in Berlin.

Schon seit 1838 war die Ansiedlung der preußischen Zensur bei den Gerichten ein Tagespunkt auf der politischen Agenda der preußischen Regierung gewesen.³⁰¹ 1843 hatte König Friedrich Wilhelm IV. dann das Oberzensurgericht als „Sondergerichtshof [...] in dem Bemühen, Liberalität im Umgang mit der Presse zu beweisen“, einrichten lassen.³⁰² Das Präsidentenamt wurde zunächst mit Friedrich Wilhelm Bornemann besetzt.³⁰³ Durch das Oberzensurgericht wurden Entscheidungen von Verwaltungsbeamten, den Zensoren, dem „Richterspruch“³⁰⁴ unterworfen und dadurch in einem zweiten Verfahren überprüfbar und revisibel gemacht. Zusätzlich besaß das Gericht die Kompetenz, über die Zulassung eines Buches zum Debit, das heißt zum Vertrieb zwischen Verlag und Buchhändlern zu entscheiden. Bis heute ist problematisch, was die Prüfungskompetenz von Verwaltungsgerichten zum Gegenstand haben kann. Diese Problematik zeigte sich bereits in der Praxis des Oberzensurgerichts: Zeitungsredakteure, Schriftsteller und Buchhändler hätten „gegen die Maßnahmen der Zensoren klagen“ können; „zudem“ habe das Gericht über den Entzug von Zeitungs- und Verlagskonzessionen entschieden.³⁰⁵ Bei der Zulassung oder Versagung des Debits trafen die Richter eigentlich eine 'echte' erste Verwaltungsentscheidung im Rahmen eines rechtlichen Urteils. Dementsprechend war diese Entscheidungskompetenz politisch höchst umstritten.³⁰⁶ Weiterer „Urteilsgegenstand“ des Gerichtes sei „die Zulässigkeit oder [!] Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten“ gewesen.³⁰⁷ Das Oberzensurgericht überprüfte in diesen Fällen

301 Acta Borussica (2004), 21.

302 Zur Einrichtung des Gerichtes und vor allem zum Verhältnis zur Regierung: Hodenberg (1996), 255-264; Näheres dazu auch bei Schleyer (2006), 79 ff.

303 Schleyer (2006), 83 ff.; 201 f.: Bornemann war „ein bedeutender Repräsentant der preußischen Juristenelite“; geprägt „von liberaler Gesinnung und der Treue zum preußischen Staat, trat er zeitlebens für die Einführung der richterlichen Unabhängigkeit ein.“ Später wurde Bornemann Justizminister.

304 Hodenberg (1996), 257, Zitat aus zeitgenössischem Zeitungskommentar.

305 Hodenberg (1996), 256.; s.a. Schleyer (2006), 81.

306 Seitens der Regierung wurde versucht, sie dem Gericht wieder streitig zu machen; zu letztem s. Hodenberg (1996), 256 f. Zum politischen Streit um Verwaltungs- oder Gerichtsgegenstände s.a. Ogorek (1986/2008), 280 ff.

307 Hodenberg (1996), 255.

die Rechtmäßigkeit der Zensorentscheidung. Die Urteile hätten darüber inhaltlich die „Richtlinien der Pressezensur nachträglich korrigiert“³⁰⁸. Zeitgenössische Kommentare meinten, dass durch die Urteile die Entscheidungen der Zensoren „verworfen“ worden seien.³⁰⁹ Das Oberzensurgericht selbst meinte, dass es die „Druckerlaubnis [...] versagen“ (oder erteilen) dürfe. Überprüft wurde tatsächlich wohl jeder einzelne, durch den Zensor in den Texten vorgenommene 'Zensurstrich'.³¹⁰ Die Presse machte von ihrem Recht zur gerichtlichen Beschwerde regen Gebrauch: Entgegen allen Erwartungen der königlichen Regierung, die sich von dem „neueröffneten Rechtsweg“ wohl einen Beruhigungs- und keinen Partizipationseffekt erhofft hatte,³¹¹ wurde das Oberzensurgericht mit Anträgen nahezu überrannt.³¹² Das war wenig verwunderlich, galt Preußen doch im Verhältnis zu anderen deutschen Territorialstaaten wie Sachsen oder Baden als terra incognita für eine freie Presse.³¹³ Im Oberzensurgericht sah man folglich den „Anfang des Rechtszustandes“, den man weiter ausgebaut haben wollte;³¹⁴ einen „Anfang [...] zur Erhebung der Presse auf den Boden des Rechts“.³¹⁵

Der erste Staatsanwalt an diesem Oberzensurgericht, der ehemalige Kammergerichtsrat Theodor Sulzer³¹⁶, war dienstrechtlich dem Innenministerium unterstellt, wo zunächst auch noch Heinrich Friedberg 1843 als Assessor arbeitete, bevor er zum Gehilfen von Sulzer berufen wurde.³¹⁷ Mit Friedberg hatte also einer der entscheidenden Akteure in den Gesetzgebungsarbeiten zur preußischen Staatsanwaltschaft als Anklagebehörde zuvor schon am Oberzensurgericht

308 Hodenberg (1996), 256.

309 Zitat bei Hodenberg (1996), 256.

310 So jedenfalls in statistischer Auswertung durch Hodenberg (1996), 260.

311 s. Hodenberg (1996), 256.

312 Hodenberg (1996), 256. Die durch Zeitungsredaktionen eingereichten Beschwerden beliefen sich 1844 auf 423, 1845 auf 643, 1846 auf 580, 1847 auf 406 Anträge; Hodenberg (1996), 260. Bornemann habe Anfang 1844 über die personelle Unterbesetzung des Gerichts geklagt, das „hoffnungslos überfordert mit einer Flut von Klagen“ sei, weswegen er selbst sich „geistig und körperlich nur aufreibe“; Schleyer (2006), 89.

313 Es war Konsens, dass „alles, was auf das Leben der Gegenwart Bezug hatte, in den Augen des Volkes allen Werth verlor, sobald es in Preußen gedruckt war“, Mügge (1845), 13 f.

314 Mügge (1845), 3.

315 Mügge (1845), 24.

316 Vorher Mitglied des Kriminalsenats des Kammergerichts – ein „sehr tüchtiger Jurist“, Frankfurter Ober-Postamts-Zeitung, Ausgabe vom 20. Juni 1843, 1415; im Geheimen Staatsarchiv Preußischer Kulturbesitz Berlin Dahlem liegen im Repetitorium des preußischen Innenministeriums die sogenannten „Sulzerschen Papiere“, vgl. GStA, PK I. HA Rep. 77, Titel 529.

317 Collin (2000), 74, mit Hinweis auf Stölzel (1888), 571: Friedberg, „kaum zwei Jahre Assessor, bereits 1843 im Ministerium des Innern, erhielt den Auftrag, dem Staatsanwalt beim neugegründeten Oberzensurgericht Beihilfe zu leisten“.

praktiziert und hatte dadurch nicht unerheblich Berufserfahrung sammeln können. Zumindest bis Februar 1845 blieb Friedberg beim Staatsanwalt am Oberzensurgericht. Von dort aus erstattete er dem Innenministerium statistischen Bericht über die Entscheidungen des Gerichts.³¹⁸

Das Amtsdogma des Staatsanwalts am Oberzensurgericht war es, das „öffentliche Interesse zu vertheidigen“.³¹⁹ Ihn deswegen mit dem heute in der Verwaltungsgerichtsordnung vorgesehenen „Vertreter des öffentlichen Interesses“ gleichzusetzen, wäre allerdings zu kurz geschlossen. Weder gab er nur als Beigeladener dem Gericht rechtliche Hinweise³²⁰, noch übernahm er die rein prozessuale Vertretung einer Verwaltungsbehörde.³²¹ Ihm kam eine eigene Sachentscheidungskompetenz zu, sodass er eher die Aufgaben eines prozessführungsbefugten Justizars der Gewerbeaufsicht erfüllte: Er konnte Anträge auf Debitsverbot, auf „Wiederentziehung“ einer Debitserlaubnis und auf Entscheidung über den Verlust eines Privilegiums oder einer Konzession stellen.³²² Er war auch befugt, „gesetzeswidrige Handlungen der Censoren“ beim Oberzensurgericht anzuzeigen.³²³ Den Klageanträgen der Autoren, Redakteure und Herausgeber gegen die Zensurstriche war obligatorisch ein schriftliches Verfahren vorgeschaltet, in dem der Staatsanwalt gehört werden musste und er mindestens einmal schriftlich erwidern durfte.³²⁴ An dieser Stelle konnte er dann auch Rechtsansichten äußern,³²⁵ und er hatte damit Anteil an einem Rechtsgespräch, das die Grundlage für die Entscheidung des Oberzensurgerichts lieferte. Dieses Vorverfahren entschleunigte das gerichtliche Beschwerdeverfahren – das ja ohnehin

318 s. Dowe (1977), 67.

319 § 12 der Verordnung über die Organisation der Censurbehörden vom 23. Januar 1843, abgedruckt bei Schleyer (2006), 82.

320 § 35 VwGO, „Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht“, s. Sodan/Ziekow (2014), § 35 VwGO, Rn. 15.

321 § 36 VwGO „Vertreter des öffentlichen Interesses“, s. Sodan/Ziekow (2014), § 36 VwGO, Rn. 8, Rn. 20.

322 §§ 1, 10, 14, 15 des Reglements vom 1. Juli 1843 für das Verfahren bei dem Königlichen Ober-Censur-Gericht, in: Justiz-Ministerial-Blatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege. Bd. 5/1843, 182-184.

323 § 12 der Verordnung über die Organisation der Censurbehörden vom 23. Januar 1843, abgedruckt bei Schleyer (2006), 82, der diese Kompetenz für „bemerkenswert“ hält, weil dadurch „verwaltungsbehördliches Verhalten der Kontrolle des Oberzensurgerichts“ unterworfen worden sei.

324 § 2 des Reglements vom 1. Juli 1843 für das Verfahren bei dem Königlichen Ober-Censur-Gericht, in: Justiz-Ministerial-Blatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege. Bd. 5/1843, 182.

325 Etwa, dass der einzelne Zensor jeden Artikel streichen könne, „selbst wenn dieser schon von anderen Zensoren für andere Zeitungen freigegeben worden war“; Dowe (1977), 66, Fn. 83.

'nur' eine Überprüfung in zweiter Reihe darstellte – erheblich, sodass es insbesondere für die Tagespresse, die 'eilschutzbedürftig' war, keinen Wert besaß: „Zeitungsartikel haben meist nur für den Augenblick Bedeutung und nur des Princip halber kann es einem Redakteur in Köln, Trier oder Königsberg einfallen, Schutz bei dem Oberzensurgerichtshof in Berlin zu suchen, der [...] durch den auch bei ihm üblichen, weitläufigen, schriftlichen Geschäftsweg: Klagebeantwortung durch den Staatsanwalt, Antrag desselben usw. aufgehalten, im glücklichsten Falle nach Verlauf mehrerer Wochen eine Entscheidung giebt.“³²⁶

Auch in der preußischen Pressezensur wurde also zumindest kurzweilig³²⁷ mit dem Oberzensurgericht eine „Abkehr vom administrativen Instanzenzug hin zu einer richterlichen Institution [...]“ vollzogen. Dass darin zugleich wirksam „ein Zugeständnis an die konstitutionelle Oppositionsbewegung“ gemacht worden sei, wird allerdings nicht nur wegen der einen effektiven Schutz unterlaufenden Verfahrensdauer in Frage gestellt.³²⁸

Der erste Berliner Staatsanwalt nahm jedenfalls keine Aufgaben im Strafprozess wahr, sondern gestaltete die Praxis an einem Gericht mit, das am ehesten noch als Prototyp eines Verwaltungsgerichts gelten kann. Damit wies er mit den 'Kollegen' in Baden zunächst keine Gemeinsamkeit auf: Während man in Mannheim oder Merseburg Strafverfolgung über die Preßdelikte betrieb, partizipierte man am Berliner Oberzensurgericht an der Kontrolle der preußischen Zensurverwaltung.

Mit den Staatsanwälten in Baden und Preußen zeigt sich aber, dass sie unabhängig von politischen Programmen und deren Implikationen eingesetzt worden waren. Preußen und Baden sind schließlich hinsichtlich der gesellschaftspolitischen Ausrichtung ihrer Staatsregierungen und des Erfolges der liberalen politischen Bewegung gerade im Vormärz als Antagonisten in die Geschichte eingegangen.³²⁹

326 Mügge (1845), 25.

327 Das Oberzensurgericht wurde mit der – nur kurz währenden – Abschaffung der Zensur 1848/49 aufgelöst. Bornemann war im Dezember 1844 wegen zu hohen Arbeitsanfalls, Streitigkeiten im Kollegium und Angriffen auf seine richterliche Unabhängigkeit vom Präsidentenamt zurückgetreten; Schleyer (2006), 89.

328 So, mit Zweifeln Grimm (2010), 209: Das Oberzensurgericht „[...] schien ein Zugeständnis [zu sein], wenngleich die Grundlage der Urteile inhaltlich die alten Zensurvorschriften blieben; nur, dass sie jetzt Gesetzeskraft hatten“; ähnlich Schleyer (2006), 85: Die Bindung des Gerichts „an die Zensurinstruktionen verhinderte eine grundlegende Veränderung des Zensurwesens.“ Optimistischer zu einer liberalen Intention und Wirkung der Rechtsprechung des Gerichts stellt sich Hodenberg (1996), passim.

329 Wehler (1987/2008), Bd. 2, 544: Baden sei liberal, Preußen repressiv gewesen. Auch Rotteck/Welcker (1864), 735: „Man holte damit in Preußen nur nach, und auch nur unvollständig, was in den constitutionellen deutschen Staaten längst bestand.“

Der badische und der preußische Zugriff auf Staatsanwälte ist damit nicht als Konsequenz eines bestimmten politischen Klimas oder als Vollzug eines bestimmten politischen Programms zu verstehen. Es scheint ein strukturelles Bedürfnis durch, das mit der Übertragung von administrativen Aufgaben auf Gerichtsverfahren einher ging. In beiden Staaten wurde die Staatsanwaltschaft dabei primär als prozessuale Einrichtung begriffen, die zunächst noch unabhängig von einer spezifischen Rechtsmaterie und Prozessstruktur denkbar und experimentierbar war. Die Verschiebung von administrativer Ordnungspolitik in den Bereich des Rechts und damit auch in die Gerichtsverfahren fand sowohl in Baden als auch in Preußen statt. Auf das Strafrecht und das Strafverfahren als spezifischen Kanal dieser Politik hatte man sich dabei aber noch nicht eingespielt. Nebenbei bemerkt: Was war liberal, was war repressiv – die Strafsanktion der badischen Preßdelikte, die mit dem Preßgesetz parallel eingeführt worden war? Das preußische Oberzensurgericht, das die richterliche Überprüfung der Entscheidungen der Zensoren, also von Verwaltungsbeamten, ermöglichte?

Beide Staatsanwälte wurden im Feld der Pressezensur etabliert. Ausschlaggebend für ihren Einsatz war die gesellschaftspolitische Virulenz dieses Problembereiches, den man regulieren wollte. Baden war insoweit tatsächlich ein 'Vorreiter' von Modernismen, als hier die erste reine Staatsanwaltschaft für Strafsachen etabliert wurde und sich explizit das Strafrecht als verfahrensartig praktiziertes Steuerungsinstrument für die Sozialpolitik andeutete. Eine Verwaltungsgerichtsbarkeit, wie sie in Preußen mit dem Oberzensurgericht anklang,

setzte sich erst wesentlich später im 20. Jahrhundert unter anderen Bedingungen durch. Zu dieser Zeit war die Staatsanwaltschaft schon auf das Strafverfahren festgelegt und etwa für die Gewerbeaufsicht eine ganz eigene Verwaltungsorganisation etabliert worden, sodass ein 'Vertreter des öffentlichen Interesses' nach dem preußischen Modell aus den Jahren 1843 bis 1848/49 keine praktische Durchschlagskraft mehr besitzen konnte.

Die ersten Staatsanwälte, die außerhalb der linksrheinischen Gebiete in deutschen Staaten eingesetzt wurden, waren aus heutiger Perspektive also noch Grenzgänger. Mit den badischen Preßdelikten und dem preußischen Oberzensurgericht hatte man sich an zwei verschiedenen Lösungen des Problems „Zensur“ und „Meinungsfreiheit“

versucht – institutionell griff man dafür in beiden Fällen auf einen Staatsanwalt zurück.

C. Inquisitorisches Erbe?

Für den juristischen Diskurs waren diese Staatsanwälte keine echten Sensationen. Schon 1825 hatte ein Jurist den Sprung zum expliziten rechtspolitischen Plädoyer für eine Staatsanwaltschaft vollzogen: Alexander Müller³³⁰ setzte mit seiner Schrift „Das Institut der Staatsanwaltschaft nach seinen Hauptmomenten aus dem Gesichtspunkte der Geschichte und der Gesetzgebung Frankreichs und Englands, sodann in seiner Empfehlungswürdigkeit auch für deutsche Staaten dargestellt“ den ersten Stein, wo die deutschen Juristen zuvor nur punktuelle Kritik am Strafprozess geübt und historische Rechtsvergleiche angestellt hatten. Von da an tauchte die Forderung nach einer Staatsanwaltschaft in verlässlicher Regelmäßigkeit immer wieder auf. Über Gewährsmänner wie Mittermaier wurde die Staatsanwaltschaft unwiederbringlich mit den allgemeinen Forderungen nach einer Reform des gesamten Strafprozesses verknüpft – „die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschwornengericht“ waren die „Zauberformeln“, die „plötzlich alle Fehler heilen“ sollten³³¹ und über das Anklageprinzip inkludierte man die Staatsanwaltschaft in diese Formeln.³³²

Dabei war sie unter den Juristen vor allem wegen ihrer hierarchischen, dienstrechtlichen Anbindung an das Ressort der monarchischen Regierungen von Anfang an ein umstrittenes Institut,³³³ woran sich bis heute wenig geändert hat³³⁴. Grundsätzlich erhoffte man sich im Vormärz aber, wie von allen Neuerungen, auch von der Staatsanwaltschaft eine liberale Errungenschaft für die Strafrechtspflege.

330 Als Weimarer Hofrat, katholischer Staatskirchenrechtler und „umstrittener Außenseiter gegen den Trend seiner Zeit“ machte Müller vor allem durch seine kirchenrechtlichen Werke von sich reden; Karl Neimes: Alexander Müller (1784-1844). Kirchenrechtliche Positionen eines „protestantischen Katholiken“, Berlin 2010, passim.

331 So, vor derartig 'magischen' Hoffnungen warnend: Mittermaier (1845), Vorwort III.

332 Zu juristischem Diskurs, Strafprozess und Reform: Schmidt (1947/1965); Küper (1967); Meckbach (1976); Frommel (1987) und (1991) Ignor (2002); Koch (2006), 209-250 und (2009); Habermas (2008); Haas (2008); Carsten/Rautenberg (2012).

333 Mit Carsten/Rautenberg (2012), 77: „Dass die Kritik an der neu eingeführten Staatsanwaltschaft schon früh einsetzte, ist nicht weiter verwunderlich, wenn man bedenkt, wie umstritten das Institut bereits vor seiner Einführung war“.

334 So wird die Braunschweiger Staatsanwaltschaft – weil deren Oberstaatsanwalt 1849 als Ankläger im Strafprozess keinem sachlichen Weisungsrecht des Staatsministeriums unterstellt wurde – zum 'rechtsstaatlichen' Vorbild stilisiert; vgl. Kintzi, Heinrich: Der unabhängige Staatsanwalt – ein Streifzug durch die Braunschweiger Justizgeschichte, in: DRiZ 1988, 86 ff.; s.a. Carsten/Rautenberg (2012), 73 f.

Man ließ deswegen jedenfalls allgemein „keine Gegnerschaft gegen eine von der Regierung abhängige Staatsanwaltschaft erkennen“³³⁵. Mit der nach 1848 wiedereinsetzenden Reaktion war diese Hoffnung allerdings zerstoßen – auch im Strafprozess war die liberale Reformbewegung parallel zur deutschen Verfassungsbewegung gescheitert. Im bürgerlichen Lager habe man zu spät erkannt, dass die Staatsanwaltschaft eine Verstärkung des repressiven Regierungsapparates gewesen sei:³³⁶ „Ernüchtert wird festgestellt, wie die Regierungen [...] das Institut benutzt haben, um ihren Einfluß auf die Justiz zu sichern“.³³⁷ Reformer wie Mittermaier hatten folglich ab den 1850er Jahren die Kritik an den strafprozessualen Einrichtungen wieder aufgenommen und mittelbar damit begründet, dass sich auf politischer Ebene nichts zum Besseren gewandelt habe.

Der juristische Diskurs hat also seit 1825 einen festen Platz für die Staatsanwaltschaft reserviert, mag dieser auch von rechtspolitischer Kritik und Enttäuschung geprägt sein. Vor diesem Hintergrund führt die Exegese von juristischen Reformtexten aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts allerdings zu dem widersprüchlichen Ergebnis, dass die Staatsanwaltschaft und ihre Beamten dort erstaunlich nebulös bleiben: Je mehr dieser Reformtexte man liest, desto weniger weiß man anschließend unmittelbar über die Anklagebehörde und ihr Personal.

Dieses Defizit kann man erkenntnistheoretisch und historiographisch begründen.³³⁸

Mit ihren Texten traten die deutschen Juristen aber nicht nur in den Lauf eines nicht endenden wollenden Rechtsgesprächs³³⁹ ein, sondern gestalteten auch eine

335 Collin (2000), 98; stärker noch Dölemeyer (2005), 97: „Dass [...] die Staatsanwaltschaft den Regierungen gerade in der Funktion eines 'sicheren' Instruments der herrschenden Gewalten der Rechtspflege' dienen konnte, war wohl den Liberalen des Vormärz [...] zunächst nicht ganz bewusst.“

336 Blankenburg/Treiber (1978), 172 f.

337 Rüping (1992), 156; Fn. 46: Mittermaier, Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung, 1856, 278 f.; Sundelin, Allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung 1861, Sp. 297 (298): Ortlof, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 23/1896, 477, 511 f.; Zweifel an dieser 'Enttäuschung' meldet Collin (2000) an, 100 ff.

338 Kurze Instruktion: Stolleis, Michael: Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hgg.): Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, 41-61. Mehr als ein erkenntnistheoretisch-fundiertes 'Handbuch': Stolleis, Michael: Rechtsgeschichte schreiben: Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?, Basel 2008. Ein zweifelnder Forschungsbericht aus strafrechtshistorischer Perspektive: Lüderssen, Klaus: Zur Entstehung des öffentlichen Strafrechts, in: Görgen, Thomas / Hoffmann-Holland, Klaus / Schneider, Hans / Stock, Jürgen (Hgg.): Festschrift für Arthur Kreuzer zum 70. Geburtstag, Bd. 2, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2009, 510-526. Eine radikal-milde Totaldekonstruktion: Küppers, Julia: Die wahre Wahrheit über die Bodenreform: Theoretische Betrachtungen rechtsgeschichtswissenschaftlicher Praxis, Velbrück 2014, passim.

339 Lahusen (2011), 87-97.

rechtspolitische Debatte. Dabei lassen sich zwar durchaus Muster in den Erzählungen feststellen, wie etwa die rechtshistorische Begründung von strafprozessualen Prinzipien³⁴⁰ oder die rechtshistorische Aufklärung durch Praxisbezug³⁴¹. All diesen Texten ist aber gemein, dass sie auf einen „genuin politischen Akt“³⁴² abzielten, entsprechend strategisch angelegt „der spezifischen Interessenlage ihrer eigenen Zeit verpflichtet“³⁴³ und damit oftmals noch nicht einmal in in sich selbst kohärent waren.

Aus ihrem strategischen Anliegen machten die Autoren selbst keinen Hehl. So gab der Kriminalrechtsprofessor Friedrich August Biener³⁴⁴ 1845 bekannt, dass nun auch er in die „reformatorischen Anträge der neueren Zeit“ einsteigen wolle und dass sein „gegenwärtige[r] Aufsatz [...] dazu bestimmt“ sei, „die neueren reformatorischen Vorschläge zu besprechen und die historischen Untersuchungen als Grundlage zu benutzen“.³⁴⁵ Die nationale Einheit war für die Juristen dabei noch ebenso weit entfernt wie eine einheitlich deutsche Strafprozessordnung oder eine kodifizierte Gerichtsverfassung – diese waren eben jene politischen Projekte, um die man gerade angefangen hatte, zu kämpfen: „Thibauts [...] Traum“³⁴⁶ blieb aber auf absehbare Zeit zunächst nur ein Traum. Man stellte also vor allem Fragen strategischer Natur und traf keine analytischen Aussagen. Ähnlich frei behandelte man in den Reformtexten auch überkommene Prozesseinrichtungen. So war etwa

340 Biener (1845), passim.

341 Zachariä (1845), passim.

342 Habermas (2008), 167.

343 Falk (2006), 405.

344 Biener (1787-1861) gehörte als Strafrechtswissenschaftler und „vorzüglicher Kenner der Rechtsgeschichte, besonders des späteren griechisch-römischen Rechts“ der Historischen Schule an. Savigny hatte ihn jedenfalls 1810 an die Juristische Fakultät der Universität Berlin geholt, wo Biener „Lehnrecht“, „Criminalrecht“, „Criminalprozeß“ und „juristische Litteraturgeschichte“ lehrte, und „mit großem Eifer“ die „Bearbeitung moderner Rechtseinrichtungen, insbesondere des Schwurgerichts“ verfolgte, und die „Grundsätze der historischen Schule auf [...] [das Fach] des Strafprozesses übertragen“ habe; Stintzing/Landsberg (1910/1978), 300 und Muther (1875), 626 f.

345 Biener (1845), 70. Ähnlich Hepp (1842), Vorwort IV, der die „historische Grundlage“ und den „Entwicklungsgang“ des Inquisitionsprozesses darstellte, damit er „Beweis führen“ könne, dass der Inquisitionsprozess als gesetzlich normiertes, von doktrinen und praktischen Verunstaltungen gereinigtes Konzept dem entspreche, „wofür sich die öffentliche Meinung unverkennbar immer lauter ausspricht.“

346 Molitor (1843), 1: „Thibauts patriotischer Traum einer gemeinsamen deutschen Nationalgesetzgebung war von Anbeginn – ein schöner Traum, dessen Verwirklichung [...] jeden Tag unmöglicher wird“. Später und optimistischer aus Österreich Keller (1866), Vorwort, V: Die „Masse der deutschen Strafprozessordnungen [...] mag wol die Hoffnung auf ein gemeinsames deutsches Strafverfahren als eine sehr kühne, ja einen frommen Wunsch erscheinen lassen. Wenn man jedoch erwägt, daß gerade auf dem Gebiete des Strafprozesses [...] solche Fortschritte gemacht wurden, dann darf man die Hoffnung auf deutsche Rechtseinheit nicht aufgeben.“

das Institut der Aktenversendung³⁴⁷ zur Hochkonjunktur der Reformbewegung bereits auf dem besten Wege in seine praktische Bedeutungslosigkeit.³⁴⁸ Und gerade deswegen war es geeignet, rechtspolitischen Projektionen zu dienen. Es wurde als „Palladium der deutschen Freiheit“ angepriesen – weil es der Unparteilichkeit der Richter und „der Erzielung des besten möglichen Urtheils“ diene.³⁴⁹

Bei solchen Vorhaben musste man sich folglich um Konsistenz und Kohärenz in historischen Grundlagen und rechtspolitischen Folgerungen nicht bemühen. Auch deswegen sind im Textmeer der Reformjuristen keine realen Entsprechungen oder gar Gerüste für eine einzige Erzählung zur Staatsanwaltschaft anzutreffen. Als Jurist schrieb man über Strafprozessprinzipien, Gerichtsorganisation, Strafzweck und Staatsverständnis und nahm damit nichts weniger in Angriff als die Konstitution der eigenen Welt, die sich zu diesem Zeitpunkt vor allem durch einen Selbstbezug auszeichnete.

I. Der Richter

Wenn die Juristen in dieser Welt über die Staatsanwaltschaft schrieben, so sagten sie in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts wenig über den Ankläger und seine Behörde aus. Vielmehr sprachen sie über den Richter und die politischen Hoffnungen, die sie in diesen setzten.

Dieser Eindruck bestätigt sich schon dadurch, dass die Reformdebatte, aus der schließlich auch die Forderung nach einer Staatsanwaltschaft erwuchs, die „Kritik an der Stellung des Gerichts im Inquisitionsverfahren“³⁵⁰ zum Ausgangspunkt gehabt hatte: Mit der in der Spätaufklärung einsetzenden Kritik der deutschen Strafrechtsreformer wurde „die Willkür der Richter“³⁵¹ zum neuralgischen Punkt des Inquisitionsprozesses gemacht. In der Umbruchszeit zum 19. Jahrhundert stellte man damit die Richter unter den Verdacht, ihre Entscheidungsgewalt zu missbrauchen.

347 Koch (2009) führt die Aktenversendung als Beleg dafür an, dass der erkennende Richter im frühneuzeitlichen Inquisitionsprozess keinesfalls zugleich Ermittler und Ankläger gewesen sei; als Teil des Spruchkollegiums habe er nicht ermittelt, sondern auf Akten- und Protokollgrundlage geurteilt. Lediglich der damalige Untersuchungsrichter, also der Inquirent, sei mit dem Ermittler und Ankläger in Personalunion identisch gewesen, 548. Die Aktenversendung war damit als medialer Vorgang eine Grundbedingung für die Konzeption des Gemeinen Prozesses.

348 Falk (2006), 237 f; zeitgenössisch bemerkte Hepp (1842), 109, dass das Aktenversendungsverfahren „wenigstens in den größeren deutschen Staaten längst aufgehoben ist“.

349 So Falk (2006), 237; dort auch Nachweis der zeitgenössischen Zitate von Nikolaus Gönner und Johann Baptist Sartorius.

350 Collin (2000), 45.

351 Ignor (2002), 154; das war für ihn erkennbar „der wohl am häufigsten und nachdrücklichsten beklagte Umstand“.

Dieser Vorwurf war institutioneller Art. Er wurde sowohl vom entstehenden bürgerlichen Lager als auch seitens der landesherrlichen Souveränität erhoben. Er war Teil einer umfassenden „Justizkritik“³⁵², wandte sich allgemein an die Rechtspflege und sprach nicht nur den einzelnen Richter und seinen Urteilsspruch, sondern auch die Strukturen an, in denen er seine Entscheidung fällte – Gerichtsorganisation, Verfahren, Entscheidungsprinzipien und Entscheidungsgrundlagen. Vor diesem Hintergrund musste man Lösungen dafür entwickeln, dass den Richtern und Gerichten neues Vertrauen entgegengebracht wurde, dass ihre Entscheidungen „als richtig wahrgenommen“³⁵³, das heißt, akzeptiert wurden. Dafür wurde ein ganzes Bündel an Strategien zusammentragen: Das richterliche Prestige sollte angehoben werden, ein besonderer Urteilsstil wurde ausgebildet, die Begründungspflicht eingeführt und die Urteile wurden publiziert; die Justiz wurde professionalisiert.³⁵⁴ Der so gestärkte, modernisierte „neue Richter [...] entschied selbst“³⁵⁵.

Für den Strafprozess gehörte zu diesem modernisierenden Strategiebündel, dass die Juristen die allgemeine Kritik an den Richtern progressiv auf den Untersuchungsrichter konzentrierten. Im juristischen Textmeer der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde diese konzentrierte Kritik zum gemeinsamen Nenner³⁵⁶.

1. Der Boden der Kritik

Der Untersuchungsrichter – auch Inquisitor oder Inquirent genannt³⁵⁷ – war formell etwa von der Preußischen Criminalordnung (1717) oder in der gelehrten Verfahrenskonzeption durch Benedikt Carpzov für den Gemeinen Strafprozess vorgesehen. In dieser Konzeption sollte er in einem ersten Verfahrensabschnitt – der Generalinquisition – das erste Beschuldigtenverhör und die ersten Zeugenvernehmungen führen und dadurch „eine allgemeine Aufklärung des

352 Hocks (2002), 151.

353 Hocks (2002), 132.

354 Hocks (2002), 169 ff.

355 Hocks (2002), 169.

356 So Collin (2000), 45.

357 An dieser Stelle sei auf eine nicht nur sprachliche Initialverwirrung in der Rechtsgeschichte hingewiesen: Dort wird nur selten explizit zwischen dem Richter (als Personifikation des Richteramtes, wie sie mit Richterleitbildern oder der Gesetzesbindung versehen wird), dem Inquisitionsrichter (als Symbol der richterlichen Stellung in der Struktur eines ohne epochale Entwicklungsstadien verstandenen Inquisitionsprozesses), dem Inquirenten (dem Untersuchungsrichter im Inquisitionsprozess) und dem auf Strafurteil erkennenden Richter (für den Inquisitionsprozess zeitgenössisch oft als 'das erkennende Kollegium' markiert) unterschieden.

Sachverhaltes“³⁵⁸ erreichen. Bei hinreichenden Indizien hatte er dann zu dem nächsten Verfahrensabschnitt überzugehen, zur Spezialinquisition. Sie bildete den eigentlichen Kern der strafprozessualen Untersuchung und zielte durch konzentrierte Verhöre des Beschuldigten auf dessen Geständnis ab; spätestens hier war der Beschuldigte auch in Haft zu nehmen.³⁵⁹ Das Strafurteil als Rechtserkenntnis hingegen sollte erst nach Beendigung der Spezialinquisition durch einen anderen, eben den erkennenden Richter gefällt werden. So war der Prozess für die richterliche Entscheidung in Strafsachen formell konzipiert gewesen.³⁶⁰ Zwei Verfahrensabschnitte, zwei Richter

Die Gerichtspraxis gestaltete sich zu diesen Zeiten freilich anders. Allgemein befand sich im Vorlauf zum 19. Jahrhundert nicht nur das Strafverfahren in den einzelnen deutschen Territorialstaaten in Umbruch und Wandlung – davon ergriffen war der gesamte „preußische Justizorganismus“³⁶¹, das gesamte „System des Strafrechts [...] in Mitteleuropa“³⁶². In der sogenannten Sattelzeit war der Strafprozess geprägt von einem „rapiden Abbau überlieferter Formen, es verschwinden [...] die Unterscheidung von General- und Spezialinquisition, die artikulierten Verhöre und die Nebendefensionen.“³⁶³ In der aufkommenden Ausdifferenzierung von Gerichten und Regierung, von Recht und Politik hatte sich der Entscheidungsspielraum der Gerichte erweitert, weil die Landesherren in ihren Territorien die Rechtsprechung behördlich zentralisierten und monopolisierten³⁶⁴ – das Gericht wurde zur Justiz ausgebaut. Dabei war man als Richter immer noch Diener in einer landesherrlichen Behörde und konzeptionell – noch – kein selbstständiger Entscheidungsträger.³⁶⁵ In der alltäglichen Praxis deuteten sich erste Verschiebungen zur Autonomie dadurch an, dass eine professionalisierte Arbeitsteilung sich auch institutionell durchsetzte.

358 Knollmann (1994), 116.

359 Knollmann (1994), 117.

360 Dazu Meckbach (1976), 6 ff.; differenzierter, auch zu Verfahrensänderungen um 1800 herum, Ignor (2002), passim und insbesondere 147 ff.

361 Hodenberg (1996), 90.

362 Härter (2009), 71.

363 Ignor (2002), 130. So auch Rudolph (2001) über das Strafverfahren auf territorialer Ebene im Hochstift Osnabrück, 122: „In der Praxis spielte die Unterscheidung zwischen General- und Spezialinquisition zumeist keine wesentliche Rolle, da beide Schritte zunehmend ineinander übergingen.“ So könne man von der „Klärung der Prozeßart [...] nur einen begrenzten Erkenntnisgewinn“ erwarten, 105. Jener war für Rudolph (2001) aber immerhin folgender: Ab 1718 habe der Inquisitionsprozess „formal“ den Akkusationsprozess ersetzt; „tatsächlich“ habe es sich aber um „eine prozessuale Mischform“ gehandelt, die „allerdings weit stärker dem Inquisitionsprinzip verpflichtet“ gewesen sei; 105.

364 Härter (2005), 258.

365 Simon (1975), 2 f.

Man begann, Verwaltung, Gerichte und Regierung überhaupt erst als 'geteilte Gewalten' zu organisieren. Wenn ein Gericht für die Qualität seiner Rechtsarbeit bekannt war und deswegen die Professionalität eine institutionelle Absicherung formierte, durften seine Richter bereits relativ autonom entscheiden.³⁶⁶ Noch aber hatte der territoriale Landesherr die souveräne Letztentscheidungsmacht auch in Rechtsfragen inne – durch ein weit tragendes Bestätigungsrecht.³⁶⁷

In dieser Struktur hatte sich für die Strafverfahren mit dem noch nicht vollständig externalisierten, aber schon von der richterlichen Entscheidung unterschiedenen landesherrlichen Bestätigungs- und Begnadigungsrecht eine „flexible Entscheidungsstrategie“ in Form des Supplikationswesens³⁶⁸ etabliert.

Suppliken³⁶⁹ „erlaubten [...] der Obrigkeit eine Flexibilisierung der Strafjustiz“, indem sie eine Anbindung der Entscheidung an die lokalen Sozialstrukturen ermöglichten.³⁷⁰

In der Umbruchs- und Transformationzeit des beginnenden 19. Jahrhundert löste

366 Stodolkowitz (2011) passim, in Bezug auf die Rechtsprechung in Zivilsachen am Oberappellationsgericht Celle. Ähnlich Zachariä (1845), Sp. 284, der meinte, dass die Trennung von Untersuchungsrichter und erkennendem Richter „aus der zur Urteilsfällung ungenügenden Besetzung der Stadt- und Landgerichte mit rechtsgelehrten Beisitzern gewissermaßen zufällig“ entstanden sei. Der danach maßgebliche Parameter war also kein Prozessprinzip, sondern die juristische Professionalität, die für die Qualität des Urteils bürgte: Wo in der Provinz kein Rechtsgelehrter zu Gericht saß, musste eine „Spruchbehörde in der Ferne“ für das Urteil bemüht werden. Wo aber die Professionalisierung der örtlichen Gerichte schon intensiver etabliert war, sei die Richter-Trennung vor Ort oft gar „nicht realisiert“ worden. Zachariä verstand unter dem professionellen „Rechtsgelehrten“ den studierten Juristen, der zudem die staatliche Ausbildung durchlaufen hatte.

367 Härter (2005), 258; Stodolkowitz (2011), passim.

368 Härter (2005), 259 ff.; 274: Das Supplikationswesen sei funktionell ein von instrumentellen Zielen grundsätzlich befreites, verfahrensartiges Medium des Handelns gewesen: „Supplikationen stellten einen Kommunikationskanal zwischen Untertanen und Obrigkeiten dar und sie eröffneten der Bevölkerung 'begrenzte' Möglichkeiten im Hinblick auf das Aushandeln von Devianz und Strafe“. Suppliken dienten zum Teil der Anzeige von Delinquenten. Sie konnten bereits vor dem Urteil eingehen und das Verfahren verhindern, aber auch eine Strafumwandlung auslösen, die die Sanktionsfolge präziser an die Fallumstände anpasste. Die Einfassung in Bitte, Gewährung und Ablehnung spricht allerdings gegen die These des 'Verhandelns'. Ebenso spricht dagegen, dass der Erfolg einer Supplik sich grundlegend danach bestimmte, dass der Schuldspruch anerkannt und dadurch die Legitimität der Entscheidung nicht angezweifelt wurde, s. Härter (2005), 261. In diesem letzten Punkt stimmt Rudolph (2001), passim, überein, die ansonsten die These verfolgt, dass das Supplikationswesen ein Verteidigungsinstrument auf Delinquentenseite und einen „Sanktionsverzicht“ auf Herrscherseite anbot. Der Verzicht hob die „verhaltenssteuernde Wirkung der Strafjustiz“ nicht auf, sondern ermöglichte der Obrigkeit, sich „der Loyalität ihrer Untertanen“ zu versichern; Rudolph (2001), 348.

369 Dazu instruktiv Andreas Würigler: Bitten und Begehren. Suppliken und Gravamina in der deutschsprachigen Frühneuzeitforschung, in: Nubola, Cecilia / Würigler, Andreas (Hgg.): Bittschriften und Gravamina. Politik, Verwaltung und Justiz in Europa (14.-18. Jahrhundert), Berlin 2005, 17-52.

370 Suppliken ermöglichten etwa eine Privilegierung von einheimischen, arbeitsfähigen Familienvätern oder das Angebot informeller Sozialkontrolle durch die Erlaubnis einer 'Heirat unter dem Galgen'; aber auch eine Anpassung an die Überbelegung von Zuchthäusern; s. Härter (2005), 266 ff.

man nun aber gerade dieses Supplikationswesen auf. Mit den einsetzenden Strafreformen setzte man stattdessen auf Verteidigung, Rechtsmittel und formalisierte Entscheidungs- und Strafmilderungsgründe des Richters.³⁷¹ Effekte der kommunikativen Mitbestimmung an Normen und Verboten, wie sie sich im Supplikationswesen noch gezeigt hatten, wurden aus den strafrechtlichen Verfahren verbannt und fanden sich in dem an Verwaltung und Politik gerichteten Petitionswesen wieder.

Während also ein bisher praktiziertes Mittel von Flexibilität und Selektivität aus dem Strafverfahren verschwand, befand sich die Strafjustiz erst mitten in ihrer Entstehung. Die Gerichte wurden insgesamt zu zentralisierten und größeren Verwaltungseinheiten ausgebaut. Noch aus Früher Neuzeit bestehende konkurrierende Gerichtsbarkeiten, wie im Hochstift Osnabrück etwa die für leichte Strafvergehen zuständigen Gogerichte³⁷² oder in Preußen die gutsherrlichen Patrimonialgerichte³⁷³, wurden bis spätestens zur Mitte des 19. Jahrhunderts endgültig abgeschafft. An ihre Stelle setzte man im Zuge der „Verstaatlichung der Justiz“³⁷⁴ das, was man heute überhaupt unter „Justiz“ versteht: Staatliche, mit einheitlich ausgebildeten Juristen besetzte Gerichte als flächendeckende Struktur der Rechtspflege.

Bis dorthin war es aber noch ein weiter Weg. Die formelle Konzeption des Strafverfahrens wurde im Gerichtsalltag der vielen Territorialstaaten ohnehin nicht – mehr – vollzogen. 1830 resümierte man, dass das „vorgeschriebene Verfahren seit Anfang dieses Jahrhunderts allmählich außer Uebung gekommen“ und an seine Stelle eine „auf den ganzen peinlichen Prozeß ausgedehnte“ Generalinquisition gesetzt worden sei.³⁷⁵ Der eigentlich entscheidende Verfahrensabschnitt der Spezialinquisition werde zwar noch als Einleitung vor dem erkennenden Gericht abgehalten. Faktisch praktiziere man damit aber lediglich „sowohl dem Inhalte als der Form nach eine feierliche und ausführliche Wiederholung“ der Generalinquisition.³⁷⁶ Dergestalt kam die Spezialinquisition nur noch bei besonders schweren Verbrechen zum Einsatz.³⁷⁷

371 Härter (2005), 273.

372 Dazu Rudolph (2001), 117 ff.

373 Umfassend aus sozial- und rechtshistorischer Perspektive: Wienfort (2001), passim.

374 Wienfort (2001), 323.

375 Bei Blaß (1934), 50, Fn. 16.

376 Bei Blaß (1934), 50, Fn. 16.

Dieser Zustand scheint eher Regel als Ausnahme gewesen zu sein, denn der Kern des Strafverfahrens – die Beweisaufnahme – war vollständig in einen Verfahrensabschnitt gezogen worden, der summarische Untersuchung genannt wurde³⁷⁸. Dort wurde „der Inquisit nicht mit einzelnen Fragen konfrontiert“, sondern er sollte „eine zusammenhängende Darstellung des Sachverhalts aus seiner Sicht zu Protokoll geben“, dasselbe galt auch für die Zeugen.³⁷⁹ Gewissermaßen als Eigenkreation der Gerichtspraxis war die summarische Untersuchung „ein mittleres Stadium“, das zur General- und Specialinquisition „hinzugekommen“ sei, sich als „unbestimmt“ auszeichne und für das eine „gesetzliche Gränze zu bestimmen“ entsprechend schwer falle.³⁸⁰ Nicht ohne Ironie hielt man deswegen fest, dass die in der gelehrten Literatur viel diskutierte Trennung von Untersuchungsrichter und erkennendem Richter praktisch kaum mehr verwirklicht sei:

„Von einiger Bedeutung blieb die Unterscheidung auch da [außerdem noch in Bayern], wo zufolge Herkommens oder gesetzlicher Vorschrift, nach beendigter Voruntersuchung, die Direction des Prozesses nun an ein anderes Gericht übergehen mußte, oder die Special-Inquisition vor anders und stärker besetzter Gerichtsbank geführt werden sollte, wie dergleichen Einrichtungen hier und da noch jetzt bestehen. Meistens ist der Übergang von der General- in die Special-Inquisition gar nicht bemerkbar, und der Angeschuldigte, welcher verlangt, daß darüber eine Entscheidung gegeben werde, ob er in Special-Inquisition sey, kann, wenn ihn das Gericht nur überhaupt schon als verdächtig behandelte, sicher darauf rechnen, daß diese Entscheidung bejahend ausfalle.“³⁸¹

Dieser Verfahrensaltag wurde auch vom preußischen Gesetzgeber aufgegriffen. Er sah mit der 1805 neu erlassenen preußischen Criminalordnung anstelle von General- und Specialinquisition „ein einheitliches Ermittlungsverfahren, die 'Criminal-Untersuchung'“ vor³⁸² und unternahm damit den hoffnungslosen Versuch, die autonom agierende Verfahrenspraxis wieder einzufangen. Der Gerichtsalltag erwies

377 Biener (1845), 94; beispielhaft für Neuvorpommern und Rügen Temme (1841), 514 ff.: In einer „immer laxer gewordenen Praxis“ habe man sich an einem lokal „übliche[n] Verfahren“ orientiert, das sich durch den bereits bekannten Leerlauf der Spezialinquisition auszeichnete; außerdem erweiterten die Richter den parallel geltenden fiskalischen Anklageprozess um „wirkliche Verbrechen wie Ehebruch, Blutschande, Duell“, wo der Fiskal eigentlich nur für Vergehen ohne peinliche Strafandrohung zuständig sein sollte.

378 Biener (1845), 94 f.

379 Knollmann (1994), 116.

380 Biener (1845), 94 f., Fn. 52.

381 Zachariä (1846), 128 f.

382 Ignor (2002), 147.

sich als eigenmächtig: „Die Praxis hatte sich“ nicht nur „einfach über Vorschriften [...] hinweggesetzt“, sondern dadurch auch die gesetzlich vorgesehene Prozessform „stillschweigend beseitigt“.³⁸³

Die lokale Strafjustiz änderte „ohne alle gesetzliche Sanction“³⁸⁴ in Eigenregie die Verfahrensabläufe. Sie folgte damit aber einem institutionellen Trend, dessen Vorreiter vielleicht die höhere Zivilgerichtsbarkeit war: Die vom Oberappellationsgericht Celle in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts geübte Praxis lief darauf hinaus, dass „mit zunehmender Tendenz die Mehrzahl der Fälle bereits im Extrajudizialverfahren durch einfaches Dekret oder Reskript endgültig entschieden wurden. Der ursprünglich als Regelfall vorgesehene förmliche Plenarprozeß kam [...] nur noch selten zur Anwendung. [...] Die Entscheidung durch Dekret oder Reskript ermöglichte eine rasche Erledigung eindeutiger Rechtsfälle“.³⁸⁵ Eine solche in Eigenregie agierende Gerichtspraxis lässt sich auch anhand eines konkreten Falles in einem Strafverfahren in Hessen-Darmstadt illustrieren.³⁸⁶ Am Hofgericht Gießen sollte eigentlich im ordentlichen peinlichen Prozess, also im gemeinen Inquisitionsverfahren praktiziert werden. Das Hofgericht selbst bat allerdings 1805 beim Großherzoglichen Ministerium um Ausnahme von den Prozessvorschriften – in einem anstehenden Verfahren zu einem Diebstahl wolle man „wenigstens gegenwärtig“ den peinlichen Prozess „übergehen“ dürfen.³⁸⁷ Zur Begründung dieser „untertänigsten“ Anfrage zogen die Richter zunächst die lokale Infrastruktur heran: Eigentlich hätte der Fiskal im besagten Fall vom Hofgericht eingesetzt werden müssen. Das Fiskalat war in Gießen aber nicht mehr besetzt und als Amt in Auflösung begriffen.³⁸⁸ Zweitens begründete das Hofgericht seine Anfrage mit der gerichtlichen Übung unter der „vormaligen Regierung“: Unter dieser habe sich eingespielt, dass man auf den peinlichen Prozess „in den meisten sich eignenden

383 Blaß (1934), 36; bezog sich auf Hessen-Darmstadt, wo 1803 noch die PGO von 1726 galt, die einen fiskalischen Anklageprozeß vorsah – die Gerichte praktizierten stattdessen aber einen schriftlichen Inquisitionsprozeß mit Spezialinquisition. Mit Blaß lässt sich also sagen, dass die Gerichtspraxis kontinuierlich „stillschweigend“ das förmliche Verfahren abänderte. Denn aus dem akkusatorischen Fiskalprozess mit öffentlicher Hauptverhandlung machten die Richter einen schriftlichen Inquisitionsprozess mit General- und Spezialinquisition; später dehnte man die Generaluntersuchung soweit aus, dass die Spezialuntersuchung zu einem überflüssigen Ritual wurde.

384 Temme (1841), 514.

385 Stodolkowitz (2011), 273.

386 So bei Blaß (1934), passim.

387 Wiedergabe des Schreibens vom 29. November 1805, bei Blaß (1934), 49 f.

388 Blaß (1934), 49: Der Fiskal hatte 1804 das Stadttamt übertragen bekommen und noch im gleichen Zuge sollte die gesamte Fiskalstelle selbst „gänzlich eingezogen“ werden.

Fällen“ nicht erkannt habe.³⁸⁹ Drittens schließlich brachte man den konkreten Fall und das bereits laufende Verfahren an. Dabei bezogen sich die Hofrichter nicht auf Schuld oder Gerechtigkeit, sondern auf Zeit- und Kostenersparnis: Ein Geständnis liege vor, die Untersuchung sei bereits „erschöpft“. Jetzt doch noch auf den peinlichen Prozess zu erkennen, würde „nur noch die Beendigung der Sache verzögern“ und zusätzliche materielle Belastung mit sich bringen, denn „dann müßte noch jemand zur Formierung der Anklagsartikel bestellt“ werden und zwar auf Kosten des Fiskus.³⁹⁰ Gegen solch richterliche Umsicht konnte auch die neue Regierung schwerlich etwas einzuwenden haben.

Schließlich konnte selbst der akademische Rechtslehrer seine Augen vor der Praxis des „wirklichen Criminalprocesses“ und den summarisch verfahrenen Richtern nicht mehr verschließen. Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach veröffentlichte 1826 die Neunte Auflage seines „Lehrbuch des peinlichen Rechts“. Dort exegierte er: Bei Verbrechen mit Todes- oder anderen schweren Strafen „folgt nun erst der feierliche (eigentliche) Criminalprocess, die Specialinquisition im engern Sinne, in Beziehung auf welche alle vorausgehenden richterlichen Handlungen [...] das summarische Verfahren ausmachen.“³⁹¹ Indigniert fügte Feuerbach dann hinzu: „Die ganze Unterscheidung zwischen dem summarischen und feierlichen Prozess, der eigentlichen Specialinquisition und den summarischen Verhören des Angeschuldigten gründet sich freilich nicht auf die Gesetze. Nach diesen giebt es überhaupt kein anderes Verfahren als das articulierte und Einen Process, den feierlichen. Jene Unterscheidung entwickelte sich allmählich durch die Praxis“. Und weiter, als Konsequenz für die akademische Manier: „Der Lehrer hat daher nur die Wahl entweder den wirklichen Criminalprocess darzustellen und sich an die Praxis zu halten, oder sich bloß an die Gesetze zu halten und ein Verfahren darzustellen, wie es nirgendwo mehr besteht.“³⁹² Nach Feuerbach hatte die Gerichtspraxis die Übermacht in der Rechtswirklichkeit, der durch 'bloße' Gesetze wenig entgegenszustellen war. Insofern beschreiben Rechtshistoriker zum Teil³⁹³ einen

389 Das war dem Hofgericht entweder vor Verfahrensbeginn ausdrücklich genehmigt oder nachträglich durch Stillschweigen seitens der Regierung akzeptiert worden.

390 Der des Diebstahls bezichtigte Inquisit sei nämlich vermögenslos; Blaß (1934), 50.

391 Feuerbach (1826), 526, § 636; in dem Abschnitt „Articuliertes Verhör, oder feierlicher Criminalprocess“.

392 Feuerbach (1826), 526 f., § 636.

393 Collin (2000), 21 ff.

normierten Idealzustand, den Feuerbach seinerzeit schon nicht mehr ernst nehmen konnte, da jener überholt oder noch nie eingehalten worden war.

2. Die Kritik

Auf diesem Boden wurde im juristischen Diskurs die spezifische Kritik am Untersuchungsrichter zu einem, wenn nicht gar zum dominanten gemeinsamen Nenner³⁹⁴. Er überbrückte den gelehrten Streit um den richtigen Begriff von Inquisitions- und Akkusationsprinzip ebenso wie den politischen Streit um das Verhältnis von Staat und Strafverfahren.

a. *diabolus iudex*

Selbst vermeintliche Opponenten unter den Reformjuristen waren sich darin einig, dass der Untersuchungsrichter an sich zu den Übeln der Rechtspflege gehörte und die „gerechte Urtheilsfällung“³⁹⁵ nicht beförderte, sondern erschwerte. Während man sich stritt, ob untersuchender und erkennender Richter im Inquisitionsprozess überhaupt getrennt gewesen seien,³⁹⁶ urteilte man unisono, dass es eine „mangelhafte Einrichtung“ sei, „daß der untersuchende Richter, als unparteiischer Anwalt des Gesetzes, zugleich verfolgen und vertheidigen soll“³⁹⁷ – der Inquirent, der „bald auf die eine, bald auf die andere Seite“ springe, um „mit beiden Waffen [...] gegen sich selbst zu fechten“ und derart „zugleich [...] als Kampfrichter den Streit zu leiten“ sei bereits „an sich eine Absurdität.“³⁹⁸ Gemeinsam schrieb man gegen „das Haupttriebrad des Inquisitions-Prozesses“ an, „das unbeschränkte, willkürliche Ermessen des Untersuchungsrichters“³⁹⁹ und personifizierte diesen dadurch mit „administrativer Willkür“⁴⁰⁰.

394 So Collin (2000), 45.

395 Zachariä (1845), Sp. 284.

396 Biener (1845), 71: „Zu den Vorzügen“ des Inquisitionsprozesses gehöre, dass untersuchender und urteilender Richter getrennt seien. Dagegen in einer Rezension zu Biener Zachariä (1845), Sp. 284: Die Trennung „des Untersuchungsrichters von dem urtheilenden Richter in der Weise, wie sie sich der Regel nach gestaltet hat“, besitze keine Vorzüge, sondern sei „der eigentliche Grund alles [sic] Uebels“. Die Trennung sei in der Praxis vor Ort oft gar „nicht realisiert“ worden. Darüber hinaus würde sie aber auch „gemeinrechtlich [...] rechtlich gar nicht“ bestehen. Diese Kritik wiederholte Zachariä in seiner bekanntesten Schrift „Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens“ (1846), 180.

397 Biener (1845), 72.

398 Zachariä (1846), 144.

399 Zachariä (1846), 123; s.a. 71.

400 Siemann (1987), 206.

Der Untersuchungsrichter erschien als institutionelle Verkörperung von „Bosheit, [...] Vorurtheil, übertriebene[...]m] Diensteifer, gereizte[r] Empfindlichkeit“ und dem „unbewußte[n] Einfluß des diabolischen Grundsatzes, daß der Zweck die Mittel heilige“.⁴⁰¹

Auch andere Reformjuristen stimmten in diesen Tenor des *diabolus iudex* ein. Man attestierte dem gemeinen Inquisitionsprozess eine „wüste anorganische Vermischung“: Nicht nur führe der Inquirent zugleich Untersuchung, Anklage und materielle Verteidigung und sei damit eine „mit dreifachem Geschäfte gesegnete Person“, sondern nach Partikularrecht müsse er oftmals zusätzlich noch die „Funktion des erkennenden Richters“ übernehmen.⁴⁰² Das ergebe wahre „Monstra von Richtern“, die eine „Sünde“ an der „Sache selbst“ und dem Angeschuldigten seien.⁴⁰³ Der Untersuchungsrichter wurde aber vor allem spezifisch mit dem Ermittler und Ankläger als „Charakter“⁴⁰⁴ identifiziert, der zu „Illegalitäten“⁴⁰⁵ und „Excessen“⁴⁰⁶ neige. Zu gefährlich sei es, „das Schicksal eines Menschen in die Hand des bloßen Untersuchungsrichters zu legen, von dessen persönlichem Charakter und Stimmung gegen den Angeschuldigten so viel abhängt.“⁴⁰⁷

401 Zachariä (1846), 72.

402 Köstlin (1849), 77. So auch Hepp (1842), 44: „quadruplicitas personae“.

403 Köstlin (1849), 77 f.

404 Hepp (1842), 39.

405 Hepp (1842), 41.

406 Hepp (1842), 42.

407 Hepp (1842), 46.

Der Nachweis dieser Kritik ließe durch alle bekannten Reformtexte führen:⁴⁰⁸ Als „Kardinalfehler“ des Inquisitionsprozesses habe den Juristen die „psychologisch unmögliche Lage des Inquirenten“ gegolten;⁴⁰⁹ man könne „es für kaum möglich halten, daß die Vereinigung dieser drei widerstreitenden Elemente [Anklage, Verteidigung, Urteil] in Einer Person ein taugliches Mittel zur Erzielung der 'materiellen Wahrheit' bilden sollte“.⁴¹⁰ Denn der Inquirent wolle sein „Werk von dem Erfolge einer Verurtheilung gekrönt“⁴¹¹ sehen; von einem Untersuchungserfolg hänge gar seine „Amtsehre“ ab;⁴¹² er befinde sich „in der unnatürlichen Stellung“ und sei verantwortlich dafür, dass man „dem deutschen Strafprozesse das nöthige Vertrauen entziehen“ müsse;⁴¹³ die „zweideutige und falsche Stellung des untersuchenden Richters“ sei „einer der wesentlichsten Mängel“;⁴¹⁴ dass dieser inquirierende Richter dann auch noch „in der Hauptsache den Richter macht“, der größte „Uebelstand“.⁴¹⁵ Die Gründe für diese Zuspitzung der Kritik im Vormärz waren zunächst einmal explizit politischer Natur. Der Untersuchungsrichter wurde von den Juristen zum Sinnbild für Missstände in der Strafverfolgung erhoben. Durch die Erfahrungen der ersten Demagogenverfolgungen geprägt, lastete man ihm entwürdigende Haftbedingungen, Täuschung, Erpressung, körperliche Gewaltanwendung durch Beamte in den Untersuchungen und bei den Verhören, Prozessverschleppung und die Verweigerung eines gerichtlichen Hauptverfahrens an.⁴¹⁶ In dieser Konzentration war der allmächtige Inquirent zwar eine rechtspolitische Projektion, hatte aber durchaus reale Entsprechungen in den Territorialstaaten. Dort zeigte er sich tendenziell allerdings eher als Begleitung von Dorfrichter Adam und repräsentierte das Böse im Banalen: Zum Untersuchungsrichter sei „bevorzugt“ ernannt worden, wer sich noch „auf den unteren Sprossen“ seiner Beamtenlaufbahn befand und wegen

408 Collin (2000), 45, führt etwa auch noch Molitor (1843), Biener (1845), Thesmar (1844) und Temme, Jodocus: Sollen wir in Preußen ein öffentliches Ministerium haben?, in: Jahrbücher für die Criminal-Rechtspflege in den preußischen Staaten, Bd. I, 1840, 527-543 an.

409 Meckbach (1976), 44: Der Inquirent solle Schuld und Unschuld ermitteln.

410 Hepp (1842), 35.

411 Molitor (1843), 25.

412 Thesmar (1844), 26.

413 Mittermaier (1845), 284.

414 Biener (1845), 74; 76.

415 Biener (1845), 74; 76.

416 Siemann (1987) führt selbst ein Aktenbeispiel an (197 f.) und zitiert u.a. Mittermaier dafür, dass die Inquirenten den Beschuldigten als einen Menschen ansähen, „mit welchem sie ungehindert Experimente des Inquirierens machen dürften“ (205). Prekäre Haftbedingungen und Verhörmethoden waren auch im Polenprozess (s.o.) Gründe, die von der Verteidigung in der öffentlichen Hauptverhandlung für den Widerruf von Geständnissen und anderen Aussagen angebracht wurden.

Beförderungschancen unter größerem Leistungsdruck gestanden und besonderes Potential hinsichtlich des Verfolgungseifers besessen habe.⁴¹⁷ Im vormärzlichen Baden etwa bildeten die Kriminalämter die unterste Instanz und deren Amtsmänner führten die inquisitorische Untersuchung. In Fällen, in denen für das weitere Verfahren ein Hofgericht oder als oberste Instanz das Oberhofgericht zuständig war, schickten die Amtsmänner ihre Untersuchungsakten an eben diese Gerichte. In allen anderen Fällen – die sich durch ein geringes Sanktionsmaß auszeichneten – waren die Amtsmänner nicht nur für die Untersuchung, sondern auch für das Urteil zuständig. Nur in diesen Fällen vereinten sie die Rollen „Ankläger, Verteidiger und [...] auch Richter in einer Person“⁴¹⁸. Der badische Inquirent war damit vor allem im alltäglichen Strafgeschäft und bei der Verarbeitung von Bagatellen allmächtig. Der Beschuldigte sah allerdings stets nur den Amtsmann agieren – entweder weil sein Fall auch vom abschließenden Urteil her in dessen Kompetenz fiel oder weil sein Fall nach der Untersuchung „nur nach Aktenlage“⁴¹⁹ am Hof- oder Oberhofgericht ohne weitere persönliche Konfrontation beurteilt wurde. Der so mal mehr, mal weniger allmächtige Amtsmann soll zudem unter „Geschäftsüberbelastung“ gelitten haben, weil er neben der „weniger lukrativen“ Strafrechtspflege noch andere Verwaltungsaufgaben zu erledigen hatte. Außerdem hatte er zwei Herren zu dienen, der Kreisdirektion und dem jeweiligen Hofgericht – „Loyalitätskonflikte [waren] absehbar“.⁴²⁰ Der Alltag badischer Kriminalverfahren war also von Verwaltungsbeamten geprägt, deren Entscheidungsmaßstab nicht zuletzt in Vermeidung gelegen haben dürfte – sowohl von weiterem Geschäftsanfall als auch von Konflikten mit der vorgesetzten Verwaltung oder Justiz.⁴²¹

Wo dieser Inquirent zum Sinnbild für eine politische Kritik wurde, die ihre heutige Entsprechung in den Schlagworten Polizeigewalt und Justizskandal haben würde, gestand man dann auch ein, dass man weniger „die ausübenden Personen, sondern die schlechten Institutionen“ und die bestehenden Verwaltungs- und Verfahrenszustände kritisiere. Erst diese Institutionen und Zustände brächten den Richter persönlich „in einen Pflichtenkonflikt [...], dem die gewöhnliche Natur nach psychologischen Gesetzen nicht gewachsen“ sei.⁴²² Auf dem Weg vom badischen

417 So Siemann (1987), 207 f.

418 Zu allgemein: Moses (2006), 38 ff.; 44.

419 Moses (2006), 44.

420 Moses (2006), 45.

421 Moses (2006), 45.

422 Köstlin (1849), 79.

Amtsmann zum Leitbild des Richters, von den alltäglichen Rechtsarbeitern über die Institutionen zu den psychologischen Gesetzen der menschlichen Natur war in argumentativer Hinsicht allerdings eine sehr weite Kluft zu überbrücken.

b. Die Argumente

Für die Juristen war zum Konsens geworden, dass man sich auf einen Eigenwert der richterlichen Entscheidung berufen konnte: Der Richter war an seinem Urteil zu erkennen. Dabei bestärkten sich das Urteil als Rechtsakt und der Richter als Rechtsautorität gegenseitig. Der Eigenwert der richterlichen Entscheidung wurde zirkulär über die Figur des Richters konstruiert. Exemplarisch lässt sich an dieser Stelle das oben bereits zitierte Lehrbuch von Feuerbach heranziehen, das eine differenzierte Beschreibung der Rollen oder Funktionen enthält, die man noch 1826 dem Richter im inquisitorischen Strafverfahren hatte zukommen lassen:

„Der Richter ist im Untersuchungsprocesse als dreyfache Person zu betrachten, als Stellvertreter des beleidigten Staats, indem er an dessen Statt die Rechte aus Strafgesetzen zu verfolgen verpflichtet ist; als Stellvertreter des Angeschuldigten, indem er zugleich alles, was die Schuldlosigkeit oder die geringere Strafbarkeit desselben begründen kann, aufsuchen und darstellen soll, und endlich als Richter, in wie ferne er das Gegebene zu beurtheilen und zu entscheiden hat.“⁴²³

Der Richter für Strafsachen agierte bei Feuerbach also noch als 'triplicitas personae', was dieser an jener Stelle seines wissenschaftlichen Lehrbuches nicht weiter problematisierte. Der neue Richter, der selbst entschied, war aber auch hier schon zu erkennen: Bei Feuerbach war der Richter zwar zum einen Stellvertreter sowohl des Staatsauftrages als auch des Beschuldigten, indem er Strafverfolgung, Anklage und Verteidigung wahrnahm. Dann aber war der Richter endlich Richter, wenn er den Rechtsfall entschied und das Urteil fällte, wenn er „das Gegebene zu beurtheilen und zu entscheiden hat“.

Mit Feuerbach lassen sich also zwei verschiedene Richter identifizieren: Erstens der Richter, der durch die Strafrechtsreformer explizit kritisiert wurde – der allmächtige, monströse Inquirent. Zweitens zeigte sich als mehr oder weniger versteckt geführte Prämisse der – endlich – einzig wahre Richter, der als prinzipien- und tugendbeladene Identität und als Stellvertreter abstrakte Pflichten zu erfüllen hatte, dessen eigentliches Proprium aber das Urteil geworden war. Zum einen konstruierten

423 Feuerbach (1826), 511 f., § 623.

die Juristen im Inquirenten also eine mehr oder weniger fiktive Schwachstelle des althergebrachten Strafverfahrens, in der sich ihre politische Kritik sammelte. Zum anderen stellten sie dazu als Gegensatz den neuen Richter auf, der zur Justizidentität gerann, in der sich die politischen Hoffnungen der Juristen sammelten. Mit diesen zwei Richtern wurde in den Reformtexten argumentativ eine Dichotomie zwischen dem Richter und dem Ankläger konstatiert. Man beklagte, dass 'der Richter' im Inquisitionsprozess „in die Stellung des Anklägers“ gedrängt und ihm „dadurch die erste Voraussetzung für die unumgänglich nothwendige unparteiische Stellung des Richteramtes“ entzogen worden sei.⁴²⁴ So unparteiisch, wie der erkennende Richter notwendigerweise sein musste, so partiisch konstruierten die Juristen den Ankläger. Es ging darum, „einen, von dem als Ankläger [...] aufgefaßten Inquirenten verschiedenen, unparteiischen Richter gewinnen zu können“⁴²⁵. Von dieser Trennung versprach man sich die widerspruchsfreie, „wahre Unpartheilichkeit“⁴²⁶ und „die Möglichkeit einer gerechten Entscheidung“⁴²⁷. Und so statuierte man, dass „das Richteramt [...] nicht zugleich das Amt des Anklägers in sich vereinigen [kann], ohne sich dem gegründeten Verdachte der Befangenheit und des Vorurtheils auszusezen“.⁴²⁸ Über diese Unterscheidung führte man also auch für den Strafprozess die Forderung nach der Unpartheilichkeit des Richteramtes ein. Dem Urteil selbst als „Möglichkeit einer gerechten Entscheidung“ wurde dabei ein Eigenwert zugemessen, der im wahrsten Sinne des Wortes nirgendwo eine Entsprechung fand. Das schlug sich auch in einzelnen Verfahrensabschnitten nieder: Für die strafprozessuale Untersuchung könne „gar nicht von einem wirklichen Richten [...], sondern nur von einem Beurtheilen und Aufstellen der Resultate der eignen Thätigkeit die Rede seyn“.⁴²⁹ Das gesamte strafprozessuale Vorverfahren wurde als kriminalistische Arbeit konstruiert, die nicht auf die für das Urteil maßgebliche materielle Wahrheit, sondern auf Wahrscheinlichkeit abzielte und deswegen „nicht nothwendig“ durch einen Richter zu leiten sei.⁴³⁰ Denn der Richter habe nichts weniger zur Aufgabe, als „die heilige Verpflichtung [...], in stiller

424 Zachariä (1846), 77.

425 Zachariä (1846), 50.

426 Hepp (1842), 36.

427 Hepp (1842), 45.

428 Thesmar (1844), 15.

429 Zachariä (1846), 43.

430 Zachariä (1846), 74: Der Untersuchungsrichter betreibe die „Aufsuchung von Spuren der That und des Thäters“; durch die Untersuchung solle die „erforderliche Wahrscheinlichkeit erlangt werden“, was für „die eigentliche Beweisführung ganz irrelevante Schritte“ erfordere.

Meditation das Recht und Unrecht abzuwägen“⁴³¹. Irgendein Prozessbeteiligter musste dem Richter diese Ruhe ermöglichen, indem er „das mit dem Richteramte nicht verträgliche Geschäft des Verfolgens und Anklagens“ übernahm.⁴³²

Der Strafverfolgung und damit auch der Anklage wurde darüber ein wertender Vorwurfsgehalt zugeschrieben, der sich mit dem still über Recht und Unrecht meditierenden Richter nur schlecht vertrug. „Der Richter soll nicht selbst anklagen oder verteidigen“⁴³³ – das war das ausformulierte Dogma, mit dem die Juristen das Richteramt von vorgeblich parteiischen Handlungen befreiten. Diese Reinigung nahmen sie auch auf Ebene des Selbstverständnisses der Richterschaft⁴³⁴ vor, das sich durch professionelle Tugenden des Richters konstituierte. Tugenden und Selbstverständnis können gewissermaßen als Grammatik einer Profession freilich Wirkung entfalten. Denn es besteht ein Unterschied, wenn ein Richter sich als unparteiisch, neutral und objektiv verstehen und darstellen muss oder wenn anerkannt ist, dass er in seinem Amt interessengeleitet und politisch agiert. Durch diese Einordnung erklären sich Folgeerscheinungen wie argumentative Zirkelschlüsse. Der Unterschied zwischen Anklage und Urteil, die Unparteilichkeit, resultierte aus „Würde und [...] Wirksamkeit“⁴³⁵ des Richteramtes – und begründete sich damit gleichsam selbst.

In den Reformtexten lassen sich zahllose weitere Versuche aufspüren, die Kritik am Inquirenten als Kritik am Richter als Ankläger überzeugend zu generieren und darzustellen.

Man stilisierte die rechtspolitischen Forderungen zu begründungslos geltenden Naturweisheiten.⁴³⁶ Man verschob die Semantik juristischer Spruchweisheiten geschickt in Richtung des eigenen Anliegens,⁴³⁷ indem man etwa die Tatsache des staatlichen Gewaltmonopols und des Strafanspruches mit der „nemo iudex“-

431 Braun (1845), 14.

432 Tippelskirch (1859), 187.

433 Ignor (2002), 246.

434 Ignor (2002), 246: „[...] daß noch heute jeder Strafrichter sein Amt so verstehen wird.“

435 Ignor (2002), 246.

436 Hepp (1842), 38 ff.: Immerhin schon mit der Einführung des Inquisitionsprozesses durch das kanonische Recht sei als „Haupteinwand dagegen geltend gemacht“ worden: „Ankläger und Richter könnten nicht in einer Person vereinigt seyn.“ Unter diesem Rückgriff erhob Hepp sein rechtspolitisches Postulat zu einer sich selbsterzeugenden Einheit, die „in sich so natürlich und beweisend“ sei, dass sie „einer besonderen Rechtfertigung nicht erst“ bedürfe: „Wo kein Kläger ist, ist auch kein Richter; und beide müssen, wenn eine Unparteilichkeit der Rechtspflege bestehen soll, als getrennte Personen gedacht werden“.

Maxime⁴³⁸ verband. Damit spielte man auf juristisches Wissen aus dem spätantiken Prozessrecht an, in dem die „*nemo iudex*“-Grundsätze noch auf die Persönlichkeit des Richters, seine Interessen und Beziehungen bezogen worden waren. So sollten Bestechlichkeit und Befangenheit verhindert werden, wie sie etwa die Prozessbeteiligung von Angehörigen des Richters indizierte.⁴³⁹ Der spätantike Kontext der „*nemo iudex*“-Maxime bezeichnete also die Lösung von Problemen personaler Art in jeweils konkreten Fällen. Für die abstrahierten Konstellationen der Justizorganisation in der Mitte des 19. Jahrhunderts konnte dieser Kontext natürlich nicht mehr passen, aber man verwies darüber auf tradiertes prozessrechtliches Wissen, das seit der Spätantike festschrieb, was als 'schlecht' befunden werden sollte. Die eigenen rechtspolitischen Forderungen stellte man damit nicht nur auf die Säule des gesunden Menschenverstandes, sondern man versah sie mit einem juristischen Traditionsbezug, der mit seiner Historizität gerade im 19. Jahrhundert eine eigene Überzeugungskraft auf die Juristen ausübte. Es klang dabei auch ein Rechtsdenken an, das sich für die deutschen Juristen noch bis in die Aufklärung hinein in katalogisierten Topoi bewegt hatte. Durch solch argumentative Operationen erhob man die Unterscheidung von Ankläger und Richter als Bedingung für eine unparteiische Strafrechtspflege also topisch zu einer transzendierenden Weisheit –

437 Hepp (1842), tat dies mit dem Rechtsspruchwort *nullo actore nullus iudex*, das allgemein für das Verbot der Selbsthilfe steht und damit das staatliche Gewaltmonopol und eine öffentliche Justiz bestätigt. In diesem Sinne bestätigte Hepp den staatlichen Strafanspruch, spielte aber zugleich auf die Forderung an, überhaupt einen vom Richteramt unterschiedenen Ankläger aufzustellen. Denn im 19. Jahrhundert wurden die Begriffe „Kläger und Klage“, „Ankläger und Anklage“ noch nicht durch eine Zuordnung zum Zivil- und Strafprozess getrennt, weil Prozessarten und Rechtsgebiete in ihrer Semantik noch nicht hermetisch konstruiert waren. Das spiegelt der überkommen anmutenden, originale Wortlaut des Ersten Abschnitt im Zweiten Buch der StPO (noch heute geltende Fassung von 1877: „Öffentliche Klage“) wider. „Wo kein Kläger ist“ las sich deswegen also auch als „Wo kein Ankläger ist“. In diesem Sinne belegte Hepp, dass die staatliche Justiz eines spezifischen Anklägers bedinge, wenn sie denn bestehen wolle.

438 Unter der *nemo iudex*-Maxime versammeln sich juristische Weisheiten, von denen üblicherweise angenommen wird, dass sie alle davon handeln, dass in eigener Sache nicht entschieden werden darf; s. Vermeule (2012) für das US-amerikanische Verfassungsrecht mit allgemeingültiger Einleitung; 390: „*nemo debet esse iudex in propria causa*“; „*nemo potest esse simul actore et iudex*“; 386: „*nemo iudex in sua causa*“; unter Verweis auf den Codex Theodosianus (2,2,1) und den Codex Iustinianus (3,5,1).

439 Kaser (1966): CT 2,2,1 und CI 3,5,1 werden für das Formularverfahren vor dem Gerichtsmagistrat und für die Gerichtsbarkeit im nachklassischen Verfahren herangezogen. Im Formularverfahren galt als Ausnahme von den örtlichen Zuständigkeitsregeln, dass „alle Magistrate in ihren eigenen Angelegenheiten und in denen ihrer Angehörigen nicht judizieren dürfen“, 182. Im nachklassischen Verfahren konnte eine Partei den ordentlichen Richter ablehnen, wenn dieser „wegen eines rechtlich anerkannten Hindernisses untauglich“ war, 424. Als „untauglicher Richter“ wurde der befangene oder der bestochene Richter verstanden, 381, Anm. 8. Heute wird versucht, diese Problemlage annähernd über den § 339 StGB (Rechtsbeugung) aufzufangen.

„wer mag glauben, daß irgend Jemand im Stande sey, heterogene Geschäfte zu verbinden?“⁴⁴⁰

An genau dieser Stelle knüpften auch modern anmutende Argumente an, die aus dem Fundus von Rollenverteilung und Psychologie schöpften und auf das personale 'Spannungsfeld' in Strafprozess anspielten. Hier konstruierte man den Untersuchungsrichter als elementarische Trinität, wenn man ihm Anklägerdasein, Verteidigerdasein und Richterdasein zuschrieb – Anklage, Verteidigung und Urteil als unüberbrückbare Gegensätze doch vereint in einer Person und Institution? Es grüßte die säkularisierte Mystifikation. Jedenfalls war es ein Leichtes, eine derartige Dreifaltigkeit des Untersuchungsrichters in Iustitias Palästen auf Erden wenn nicht als Anmaßung⁴⁴¹, so doch als Überfrachtung darzustellen. Diese Figur wurde in den Reformtexten weiter säkularisiert, wenn man sich nicht auf „unvereinbare Elemente“, sondern auf „unvereinbare Rollen“ bezog, die sich aus der Dramenhaftigkeit des „modernen öffentlich-mündlichen Verfahrens“ ergaben⁴⁴². Gleiches gilt für eine psychologische Perspektive, die die „unnatürliche“ Stellung des Inquirenten mit seiner „Besorgniß“, seinem „Eifer“, „Wunsch“ und „Glauben“ begründete.⁴⁴³ Schon 1814 hatte man gemeint, dass der Untersuchungsrichter „oft von zu lebhaftem Eifer beseelt“ sei – der renitente Beschuldigte erwecke den richterlichen „Unmuth“, der sich zur „Erbitterung“ steigere und schließlich die „Unbefangenheit“ emotional soweit korrumpiere, dass ein „mit völliger Unpartheilichkeit gesprochenes Urtheil“ nicht mehr möglich sei.⁴⁴⁴ Die „in der Natur des Menschen liegenden Gründe“⁴⁴⁵, die „Stimmung“⁴⁴⁶ des Inquirenten wurden später über die Psychologie für das strafprozessuale Problem der Rollenidentität adaptiert. Auch Eberhard Schmidt war später in diesem Sinne modern, wenn er die „Aufteilung der staatlichen Funktionen

440 Mittermaier (1848/1990), 284.

441 Als eine solche Anmaßung empfand Hoepfner den theologischen Bezug in Form der „Triplicität des Richters“ (1844), 26: Man „hat sich sogar nicht gescheut, das Heilige profanierend, von einer Dreieinigkeit desselben zu sprechen.“

442 Hoepfner (1844), 27: Die Rollen-Vorstellung sei eine „fixe Idee“. An ihre Stelle wollte Hoepfner die materielle Wahrheits- und Gerechtigkeitssuche setzen. Er versprach sich eine durch Berücksichtigung von Schuld und Unschuld dialektisch anmutende, durch den Untersuchungsrichter verwirklichte „höhere Einheit“ (27) der Wahrheitssuche. In dem kritisierten Rollen-Duktus bewegte sich etwa Zachariä, wenn er durchgehend von „Parteirollen“ und „Repräsentanten“ schrieb, (1846), 141.

443 So Mittermaier (1845), 303, 330. Die psychologische Perspektive wurde bereits zeitgenössisch als einer der „Gründe [!]“ begriffen, die man für Trennung von Richter und Ankläger und die Einführung einer Staatsanwaltschaft angebracht habe; Hoepfner (1844), 26. Zum Ganzen affirmativ Meckbach (1976), passim.

444 Oesterley (1814), 57.

445 Oesterley (1814), 56.

446 Mittermaier (1845), 295.

im Strafverfahren auf zwei Organe“ „auf psychologische Einsichten“⁴⁴⁷ stützte oder dem Inquisitionsrichter eine „unhaltbare psychologische Situation“⁴⁴⁸ attestierte.

Damit änderte sich grundlegend allerdings nur der Begründungsmodus. Funktionell waren und blieben Trinitätsmethaphern, Elementarvorstellungen oder psychologische Einsichten strategisch angeführte Gemeinplätze für die Verwandlung des Richters im Strafprozess.

3. Die Trennungsthese

Dass der Untersuchungsrichter den Richter 'machte', das war das Problem der Juristen. Inquirierender Richter und erkennender Richter mussten getrennt werden, das war die Lösung der Juristen. Aus der „Forderung, dem Richter die Anklagefunktion abzunehmen“⁴⁴⁹ resultierte die Forderung, einen anderen „Träger der Anklagefunktion“⁴⁵⁰ zu schaffen. Der Staatsanwalt als Ankläger war damit zunächst nur ein Restprodukt der Modernisierung des Strafrichters. Als solches interessierte er die Juristen nicht weiter. Kein Wunder, dass der Staatsanwalt in ihren Texten, selbst wenn man sich zum Akkusationsprozess äußerte, nicht ins Leben trat, sondern eher eine periphere Leerstelle bildete. Das hatte sich bereits im juristischen Diskurs der Spätaufklärung angedeutet.

a. Kleinschrod und Filangieri

Die mit den politischen Hoffnungen verbundene Kernidee der Aufteilung der Funktionen von Richter und Ankläger war älter, als die Reformdebatte in der Mitte des 19. Jahrhunderts es suggerierte. Gallus Aloys Kleinschrod⁴⁵¹ unternahm 1800 in seiner Schrift „Über den Werth des Anklage- und Untersuchungsprozesses gegen einander“ einen ersten vorsichtigen Versuch, im Strafprozess einen Ankläger aufzustellen.⁴⁵² Dabei schrieb er nicht etwa von dem Fiskal, sondern allgemein davon, „daß man obrigkeitliche Personen aufstellen sollte, deren Pflicht darin

447 Bei Wohlers (1994), 25; aus dem Lehrkommentar von 1964. Affirmativ auch Küper (1967), der etwa der preußischen Criminalordnung von 1805 und Strafrechtswissenschaftlern aus jener Zeit vorwarf, die „psychologische Problematik des Richteramts im Inquisitionsprozeß“ vernachlässigt und verkannt zu haben; 117, 122 f.

448 Bei Wohlers (1994), 25; aus dem Aufsatz „Staatsanwaltschaft und Gericht“, der ein Beitrag in der 1944 veröffentlichten Festschrift für Eduard Kohlrausch war.

449 Collin (2000), 45.

450 Collin (2000), 45.

451 Zu dessen wissenschaftlicher Biographie: Ignor (2002), 150 f.

452 Mit einer – 'falschen' – Reformulierung des Kleinschrod'schen Vorschlages Biener (1845), 88, Fn. 33: Kleinschrod habe vorgeschlagen, nach der Generaluntersuchung den Fiskal mit einer Anklage auftreten zu lassen.

bestünde, vorkommende Verbrechen durch Anklage zu verfolgen.“⁴⁵³ Ob man diese Personen öffentliche Ankläger oder Fiskale nenne, war Kleinschrod explizit „gleichgültig“. Das Leitkriterium bestand für ihn in dem evidenten Unterschied zur Tätigkeit der Richter: „Nur dürfen sie [die obrigkeitlichen Personen] keine Gerichtsbarkeit ausüben, sondern bloß [...] anklagen“.⁴⁵⁴ Für die Forderung nach einer Staatsanwaltschaft konnte man also nur vermeintlich die Autorität eines der Altvordenen⁴⁵⁵ der deutschen Strafrechtswissenschaft in Anspruch nehmen. Gleichwohl mit „rechtspolitischer Intention“⁴⁵⁶ schreibend, hatte allerdings auch Kleinschrod zur Begründung seines Vorschlags eine Autorität angeführt. Er verwies⁴⁵⁷ auf das „System der Gesetzgebung“ von Gaetano Filangieri⁴⁵⁸.

Zu Beginn des 19. Jahrhunderts besaß Filangieri in deutschen akademischen Kreisen eine umfassende Reputation.⁴⁵⁹ Er stellte damals ein echtes Kernpotential für die deutschen Strafrechtswissenschaftler dar: Sie rezipierten ihn „meist ausführlich“⁴⁶⁰ auf unmittelbarer Ebene.⁴⁶¹ Sein Hauptwerk, das „System der Gesetzgebung“, war autoritativer Leitfaden und gedanklicher Treffpunkt. Die deutsche Strafrechtswissenschaft, die sich gerade in „systematischer Entwicklung“ der „Grundbegriffe“, „Grundsätze“, „Grundwahrheiten“ und des „Geistes der Criminalgesetze“⁴⁶² selbst konstituierte, versprach sich von Filangieri einen universellen Lösungsansatz. Denn das „peinliche Recht“, die „preussischen

453 Kleinschrod (1800), 12.

454 Beide Zitate Kleinschrod (1800), 12.

455 Kleinschrod wird wegen seiner Kontroverse mit Feuerbach und der gemeinsam mit Ferdinand Klein gegründeten und herausgegeben Zeitschrift „Archiv des Criminalrechts“ zu den „Strafrechtsdenkern der Neuzeit“ gezählt; s. Vormbaum (1998); Ignor (2002), 150 f. Das „Archiv des Criminalrechts“ galt bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts als die „bedeutendste“ strafrechtliche Zeitschrift; Roth (1999), 304.

456 Roth (1999), 305.

457 Kleinschrod (1800), 11, und dort Anmerkung k): „so hielte ich mit Filangieri und anderen dafür“.

458 Becchi/Seelmann (2000), passim; Hocks (2002), 151 ff. Zur Rezeption von Filangieri in Frankreich: Haber (1979), 158. Filangieri findet sich heute als „Strafrechtsdenker der Neuzeit“ – Vormbaum (1998) – im Kanon der deutschen Strafrechtsphilosophie und in der Strafrechtsgeschichte wieder, nachdem es im 20. Jahrhundert „still“ – Becchi/Seelmann (2000), 47 – um ihn geworden war. Die attestierte „Wiederentdeckung“ von Filangieri scheint in erster Linie im Rahmen einer historisierenden Renaissance zu erfolgen, die etwa den vereinfachten Zugriff auf strafrechtsphilosophische 'Gründungstexte' ermöglichen will.

459 Sie rührte aus der fast synchron erfolgenden Übersetzung seiner Werke in die deutsche Sprache und aus seiner Bekanntschaft mit Johann Wolfgang von Goethe, der ihn in seiner „italienischen Reise“ angepriesen hatte; Becchi/Seelmann (2000), 99 ff.; 87 ff.

460 Seelmann (1985), 242.

461 Feuerbach etwa für seine strafrechtliche „Zurechnungslehre“; Seelmann (1985), 241.

462 Alle vorangehenden Zitate sind in Werktiteln deutscher Strafrechtswissenschaftler enthalten, die Filangieri rezipierten: Feuerbach, Klein, Kleinschrod, Grolman; zu finden bei Becchi/Seelmann (2000), 46, dort auch Fn. 4.

Gesetze“, die „deutschen Criminalgesetze“, die „positive Gesetzgebung“⁴⁶³ brauchten eine Ordnung, die nicht nur einer „besseren Darstellung des schon vorhandenen Wissens“⁴⁶⁴ diene. Als Jurist war man nun selbst voll in die positive Rechtsproduktion eingetreten. Das „System der Gesetzgebung“ war mit dem „Glauben an [...] universelle rationale Normen [...] eines der letzten Produkte des Aufklärungszeitalters“⁴⁶⁵. Als „monumentale Konstruktion“⁴⁶⁶ war es der Versuch einer universal gültigen, philosophischen Systematisierung – der Versuch, das gesamte „unermessliche Gebäude“ mithilfe von „richtiger und ordentlicher Wissenschaft“⁴⁶⁷ eben doch zu errichten. Auf sieben Bücher angelegt, integrierte es nicht nur prozessuales und materielles Strafrecht, sondern umspannte das gesamte damalige Ordnungsgefüge: Politik, Ökonomie, Erziehungswesen, Religion, Eigentum, Familie.⁴⁶⁸ Das war also eine verlockende Melange für die deutschen Professoren. Im Sinne eines universellen Lösungsansatzes hatte Filangieri selbst seine Erwartungen spezifisch an Gesetz und Gesetzgebung formuliert: „Das Gesetz ist das Zentrum, um welches herum der Erneuerungsprozess der Gesellschaft kreisen soll.“⁴⁶⁹ Er plädierte also für umfassende gesellschaftliche Reformen und übertrug dabei seine politischen Hoffnungen auf eine Regelung der Gesellschaft⁴⁷⁰ durch Gesetze. Diese sollten „öffentliche Gerechtigkeit und Privatsicherheit“⁴⁷¹ vereinen und verwirklichen. Damit zeigte sich Filangieri wahrlich als „Kind seiner Zeit“⁴⁷²: Das allgemeine Gesetz war das Medium des Glücks, der politische Hoffnungsträger der bürgerlichen Gesellschaft.⁴⁷³ Es war auch ein umfassendes Regelungsinstrument, das „in letzter Konsequenz die normativen Forderungen auf allen Sektoren des sozialen Lebens“⁴⁷⁴ durchzusetzen versprach.

463 Auch hierfür: Alle vorangehenden Zitate sind in Werktiteln deutscher Strafrechtswissenschaftler enthalten, die Filangieri rezipierten: Feuerbach, Klein, Kleinschrod, Grolman; zu finden bei Becchi/Seelmann (2000), 46, dort auch Fn. 4.

464 Schröder (2012), 170: Diese war den Juristen des 16. und 17. Jahrhunderts vorbehalten, die eine „wissenschaftliche Rechtsproduktion jenseits der Argumentations- und Interpretationslehre“ noch nicht kannten.

465 Becchi/Seelmann (2000), 19; 18.

466 Moccia (1979), 206.

467 Beide Zitate aus der Einleitung des Systems der Gesetzgebung, Bd. I; bei Moccia (1979), 207.

468 Becchi/Seelmann (2000), 15 f.; die letzte Veröffentlichung war posthum ein Teilband des fünften Buches.

469 Becchi/Seelmann (2000), 13.

470 Becchi/Seelmann (2000), 14.

471 Filangieri (1786), 101.

472 Becchi/Seelmann (2000), 14.

473 Ogorek (1986/2008), 38; „Das Bürgerliche Gesetz als Hoffnungsträger“, 37 f.

474 Becchi/Seelmann (2000), 14.

Von einem Gesetz, das mit nichts weniger als der Verwirklichung von öffentlicher Gerechtigkeit und privater Sicherheit zugleich betraut war, war der Weg zur praktischen Wirksamkeit nicht weit – das Medium des Glücks fand sich schnell in den alltäglichen Niederungen wieder. So plädierte Filangieri für eine grundlegende Reform der Strafgerichtsbarkeit und erreichte von da aus auch deren Personal, die Richter: Die Fehler des Status quo rührten nicht nur „von der Natur der gegenwärtigen Inquisition“ her, sondern auch „von den Händen, denen sie [die Inquisition] anvertraut ist“.⁴⁷⁵ Die Kritik an den Richtern⁴⁷⁶ war die auf Personen herunter gebrochene politische Hoffnung auf bürgerliche Glückseligkeit, Emanzipation und Partizipation. Das „System der Gesetzgebung“ versprach eine Agenda, die das Gesetz als „Hebel zur Veränderung“, zum Aufbrechen traditioneller Privilegien und zur Etablierung bürgerlicher Freiheit und Gleichheit verstand⁴⁷⁷, zur Forderung nach der Gesetzesbindung des Richters als „rechtspolitische Aussage“⁴⁷⁸ führte und damit das typische Reformprogramm der Zeit verfolgte.

In der Richterbindung ist aus gesellschaftshistorischer Perspektive eine der wenigen Allianzen zwischen Bürgertum und absolutistischer Herrschergewalt anzutreffen. Das Bürgertum fürchtete den auslegungs- und entscheidungsmächtigen Richter als „Störfaktor“ für den universellen Vollzug der Gesetze,⁴⁷⁹ in deren gleichmäßiger Anwendung alle politische Hoffnung lag. Für den Landesherrn bedeutete der Richter ein ähnliches Risiko, denn der Souverän machte über seine 'gute' Gesetzgebung einen umfassenden und abschließend entscheidenden Ordnungs- und Regelungsanspruch geltend. Außerdem rekrutierte sich die Richterschaft jener Zeit aus den Ständen,⁴⁸⁰ denen das Bürgertum die Privilegien streitig machte, während die absolutistische Zentralgewalt sich bereits seit dem Mittelalter in traditioneller Konkurrenz zu ihnen befand.

Das „System der Gesetzgebung“ bediente in seiner rechtspolitischen Agenda über die Richterbindung also auch diese „beiden Interessenseiten“⁴⁸¹. Auch für die

475 Beide Zitate Filangieri (1786), 103.

476 Filangieri (1786), 101: „Könnte man nicht statt der zahllosen Menge subalternen Diener der Gerechtigkeit, welche die Richterstühle Europas erfüllen, die Gesellschaft feindlich verfolgen und den öffentlichen Frieden stören, eine ehrwürdige, obrigkeitliche Stelle errichten, die zu gleicher Zeit das Werkzeug der öffentlichen Gerechtigkeit und der Privatsicherheit wäre?“

477 So mit Hocks (2002), 153.

478 Hocks (2002), 154.

479 Hocks (2002), 153.

480 Hocks (2002), 155.

481 Hocks (2002), 155.

deutschen Strafrechtswissenschaftler war das „System der Gesetzgebung“ wegen einer doppelten Stoßrichtung attraktiv, die es als wahres Brückenprodukt der Übergangszeit in das 19. Jahrhundert auszeichnete: Es zielte auf die rechtspolitische Reform der Gesellschaft ab. Und es bestach mit seinem ideellen „Systembedürfnis“, das als „zentrales Element“ die Seiten durchwirkte⁴⁸² und das auch die deutschen Strafrechtswissenschaftler verspürten.

In diesem Sinne zog Kleinschrod 1800 eine echte Autorität von universeller Größe für die Lösung seines Problems heran, wenn er „mit Filangieri“ für die Etablierung von obrigkeitlichen Personen eintrat, die „blos anklagen“. Auch Filangieri hatte für eine Trennung des Richters von der Anklage plädiert: „Der Richter verträte dann nicht mehr die Stelle des Anklägers [...], der Ankläger müßte der eigentliche Inquisitor seyn; der Richter hätte weiter nichts haben zu thun, als daß er den Werth dieser Beweise untersuchte und richtete“.⁴⁸³ Der Richter, der nichts weiter tat, als richten – das war der anschlussfähige Gedanke, den Kleinschrod über Filangieri mitteilte. Der Ankläger erschien einmal mehr als notwendiges Beiwerk, um das eigentliche Ziel erreichen zu können. Er entlastete den erkennenden Strafrichter auf vielfältige Weise. Wie er dies machte, interessierte die Juristen nicht weiter.

b. Grolman und Wieland

Eine Gesamtschau seines Opus magnum ergibt, dass sich Filangieri nur an wenigen Punkten überhaupt mit dem Richter beschäftigt hatte.⁴⁸⁴ Auch hatte er das Prinzip eines Privat- und Popularanklägers vertreten und wollte nur zu dessen Ergänzung einen Amtsankläger in Kauf nehmen.⁴⁸⁵ Ein öffentlicher Ankläger als anschlussfähige Institution für eine Strafprozessreform findet sich bei ihm nicht. Außerdem stellten bei aller politischer Hoffnung Recht und Gerichte – und davon lediglich Strafrecht und Strafgerichtsbarkeit – nur einen Ausschnitt seiner systematisierten Welt dar. Filangieri hatte noch den philosophisch-ideellen Standpunkt der Wissenschaft einer 'guten Politik' eingenommen. Bei genauer Betrachtung konnte und kann sein Werk

482 Becchi/Seelmann (2000), 18.

483 Filangieri (1786), 111.

484 So Küper (1967), 55.

485 So Haber (1979), 158, über Filangieri (1786), 13 ff.: „Die Freyheit oder [...] das Recht anzuklagen, gehörte bey einem großen Theil der Nationen, eine lange Reihe von Jahrhunderten hindurch, unter die Vorrechte des Bürgers“; 98 f.: „Wenn also ein Verbrechen begangen wurde und kein Privatankläger vorhanden war, [...] nahm man zu Rom Zuflucht zur Inquisition. Gerade dies System sollte man heutzutage annehmen“; 108: Die öffentlichen Ankläger sollten „auf die Urheber solcher Verbrechen, bey denen kein Privatankläger vorhanden ist“, inquirieren.

deswegen nicht konsistent der Forderung nach einem amtlichen Ankläger dienen. Kleinschrod bot mit seinem Verweis auf Filangieri keine lineare Ableitung an, sondern stellte einen symbolischen Bezug her – zu einem der damals bekanntesten Vertreter der französisch-italienischen Spätaufklärung, von der aus die allgemeinen Reformforderungen an das Strafrecht, die als Anstoß aller Rechtsreformen des 19. Jahrhunderts gelten können,⁴⁸⁶ ihren Ausgang genommen hatten. Wenn man noch nach historischer Linearität suchen möchte, mag die Idee, dass Richter und Ankläger zu trennen seien, dort einen ihrer Ausgangspunkte gehabt haben.

Filangieri und Kleinschrod waren mit dieser Idee in der Spätaufklärung jedenfalls nicht allein. Auch Karl Ludwig Wilhelm von Grolman (1798) oder Ernst Carl Wieland (1784) traten der Trennungsthese bei: Der Richter sollte richten und nicht anklagen. Dabei zeigte sich aber, dass die Optionen, wer anstelle des Richters die Anklage übernehmen solle, noch offen waren.⁴⁸⁷ Fest stand lediglich, dass ein Staatsdiener die Anklage vertreten müsse. Das war das Projekt von Kleinschrod, der sich indifferent gegenüber der konkreten Ausgestaltung des Anklägeramtes gezeigt und lediglich auf beliebige „obrigkeitliche Personen“ verwiesen hatte. Auch Grolman lag mit der Sorge, dass „bey dem Untersuchungsproceß der Angeschuldigte [...] auf den Wahn fallen könne, daß er von seinem Ankläger gerichtet werde“⁴⁸⁸, auf dieser Linie. Er schlug dann aber vor, dass „entweder die Einrichtung getroffen werde“, „daß ein dazu bestimmter Staatsdiener als öffentlicher Ankläger auftreten müßte [...], oder, welches vorzüglicher scheint, es sollte das untersuchende Collegium von dem entscheidenden getrennt werden.“ Grolman setzte also ganz auf die Gerichte. Er vertrat damit eine rechtsinterne Lösung des Problems, wie er überhaupt dem gerichtlichen Verfahren großen Wert beimaß⁴⁸⁹.

Ernst Carl Wieland hingegen nahm noch eine dritte Position ein: Als Ankläger wollte er kein richterliches Kollegium einsetzen, weil der „wesentliche Endzweck der Gerichte“ einen „von der Person des Richters unterschiedenen Kläger“ fordere⁴⁹⁰. Es war ihm aber auch nicht gleichgültig, wer mit der Anklage betraut wurde. Er schlug vor, dass man den Ankläger aus den Polizeiobrigkeiten rekrutiere, „in allen Fällen, wo

486 Ogorek (1986/2008), 41 f.

487 Dieser konzeptuelle weiße Fleck zog sich bis in die Reformdebatte des 19. Jahrhunderts hinein, s. Collin (2000), 45.

488 Grolman (1798/1998), 85, § 175.

489 „Theorie des Gerichtlichen Verfahrens in Bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“, zuerst 1800; 5. Aufl. 1826.

490 Wieland (1784), 240.

es auf die Verfolgung der Rechte des beleidigten Staates ankömmt“.⁴⁹¹ Wieland hob den Ankläger als 'staatliche Person' besonders gegenüber dem geschädigten „Bürger“ hervor⁴⁹² und akzentuierte damit das staatliche Gewaltmonopol. Aber auch gegenüber den Gerichten setzte er Akzente. Von der Obrigkeit und der Polizei versprach sich Wieland das effektivste Vorgehen dafür, „die erste und sicherste Nachricht einzuziehen“⁴⁹³ und „sowohl Störung als auch Störer der Sicherheit und Ordnung zu beobachten und ans Licht zu bringen“⁴⁹⁴. Die Richter könnten diese Aufgabe nicht erfüllen, weil ihnen die nötigen Ressourcen nicht zur Verfügung stünden.⁴⁹⁵

Diese Vorschläge aus dem juristischen Diskurs der Spätaufklärung lassen sich dadurch kennzeichnen, dass sie bereits die Trennung des erkennenden Richters von der Anklage forderten, aber die Frage der Übernahme der Anklage noch nicht klärten. Ähnlich wie in Sachen der Immediat-Kommission bestand noch die Möglichkeit, dass die Gerichte selbst – wieder – die Aufgabe der Anklage wahrnehmen konnten. Dieser Option schlug die progressiv verschärfte Kritik am Untersuchungsrichter als 'Richter' immer stärker entgegen. Andererseits stand auch die Option der Anklageübertragung auf Polizeibehörden, für die Wieland sich stark gemacht hatte, noch nicht außer Frage. Sie wurde aber mit erstarkender Opposition zwischen zentraler monarchischer Regierung und bürgerlicher Gesellschaft als politische Forderung immer unpopulärer.

491 Wieland (1784), 241.

492 Wieland (1784), 241: Personen aus der Polizeiobrigkeit würden sich „weit besser zu Klägern schicken, als selbst diejenigen Bürger oder Unterthanen, die der schädliche Einfluß des [...] Verbrechens zunächst betroffen hat“.

493 Wieland (1784), 241; effektiv deshalb, weil zu den polizeilich primären „Pflichten die genaueste und sorgfältigste Aufsicht auf alles, was die Ordnung des Ganzen stören und unterbrechen kann“, gehöre.

494 Wieland (1784), 242.

495 Wieland (1784), 242: Die Polizeiobrigkeiten müssten von Gefahr und Verbrechen stets „weit genauer und besser unterrichtet seyn“ als es der peinliche Richter jemals sein könne; dieser kenne „die Menschen zu wenig“ und habe so viel Geschäftsanfall, dass er seine Unkenntnisse „ohne fremde Hülfe“ nicht aufarbeiten könne; die Polizeiobrigkeiten hingegen gewährleisteten Untersuchungen, die „mit wenigern Schwierigkeiten verbunden seyn“ und „theils auch eher geendigt“ werden würden.

c. Mittel zum Zweck

„Das Unmenschliche, Unnatürliche, Monströse der Funktionenvereinigung von Ankläger und Richter ist oft betont worden,⁴⁹⁶ so lautet ein Fazit aus der Rechtsgeschichte. Es waren aber erst die Reformjuristen in der Mitte des 19. Jahrhunderts gewesen, die diese Betonung so stark gemacht hatten. Sie selbst zeigten damals angesichts der Frage, was „von der Vereinigung des Anklägers und des Defensors in der selben Person des Richters zu erwarten“ sei, bereits Ermüdungserscheinungen. Es sei nämlich „eine schon oft wiederholte, in sich gegründete Ansicht, daß die Vereinigung der Rollen [...] zu unnatürlich sey“.⁴⁹⁷

Was sagten die Reformjuristen damit aber über den Ankläger? Wenig. Nur über den Richter kamen sie überhaupt auf ihn zu sprechen – in diesem Verhältnis lag offensichtlich ein Problem. Die Trennungsthese wurde Teil bekannter reformatorischer Forderungen, die in den Kontext der „politischen Konzepte der Liberalen“ gestellt werden und in der „noch aufzubauenden bürgerlichen Gesellschaft“ als Platzhalter politischer Forderungen nach „Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit“ galten⁴⁹⁸. Nicht nur für das Strafverfahren, sondern auch in der konstitutionell-parlamentarischen Reformbewegung versprach man sich von einem „öffentlichen Verfahren, das Gegenmeinungen zuließ“, von „Publizität“ und „Mitwirkung“ die Sicherung von „hochrangigen Bürgerrechten“.⁴⁹⁹ Das die Bürgerlichen übergreifende Ideal hieß „Gerechtigkeit durch Partizipation möglichst vieler“⁵⁰⁰. Dafür waren „Rechtsreformen [...] als Verkörperung der Grundprinzipien einer gerechten Gesellschaft“⁵⁰¹ eine zielführende Strategie, da für das positive Recht als „Regelungsmaterien“⁵⁰² grundsätzlich alles in Frage kam. Zumindest war das allgemeine Gesetz ein geeignetes Mittel, emanzipatorisch an das „Aktionsfeld der Regierung, der gemeinwohlbezogenen politischen Gewalt“⁵⁰³ heranzutreten.

Diesen Bewegungen folgte man schon 1814, wenn man zwar über den Untersuchungsrichter schrieb, aber eigentlich nicht vom Felde der Strafrechtspflege

496 Küper (1967), 113.

497 Hepp (1842), 47. Allgemein zur Strafreform auch Molitor (1843), 8: Sie sei „in allen Theilen so vielfältig erörtert, daß es schwer sein dürfte, [...] eine neue Seite abzugewinnen.“ Er machte sich natürlich trotzdem ans Werk.

498 Habermas (2008), 167.

499 Ogorek (1986/2008), 346.

500 Habermas (2008), 173.

501 Habermas (2008), 169.

502 Ogorek (1986/2008), 347.

503 Ogorek (1986/2008), 347.

kam, sondern sich zur primären Aufgabe das politische Plädoyer für die „Trennung der rechtsprechenden von der verwaltenden Behörde“⁵⁰⁴ gemacht hatte. Solche Hoffnungen richteten sich auf Partizipation⁵⁰⁵ und auf Verwirklichung von „Gerechtigkeit“⁵⁰⁶ durch die von den „Regierungsgeschäften“ geschiedene Justiz: „Der richterliche Stand ist der erste im Staate, [...] denn von ihm gehen Recht und Ordnung[,] die einzigen Bedingungen der Wirksamkeit der gesellschaftlichen Verbindungen aus“⁵⁰⁷.

Die Kritik am Inquirenten mag zudem Ausdruck einer unmittelbar politisch motivierten Kritik am Status quo nicht nur der Staatsorganisation, sondern auch der Strafverfolgung gewesen sein. Das wurde evident, wenn die Juristen den mangelnden rechtlichen Schutz des Angeschuldigten in den Territorialstaaten beklagten, eine effektivere Verteidigung garantiert haben wollten und sich dafür auf die bürgerlichen Freiheiten und insgesamt auf die politischen Programme der bürgerlichen Gesellschaft beriefen⁵⁰⁸. Nicht alle Reformjuristen nahmen freilich diese Perspektive ein. Und selbst innerhalb des bürgerlichen Lagers zeigten sich ebenso schillernde, interne Abstufungen, wie der Reformdiskurs insgesamt kaum durch separate, konsistent nachzuweisende politische Lager oder einen staatsrechtsphilosophischen Tenor zu kategorisieren ist⁵⁰⁹.

Dass speziell der Inquirent zum Angriffspunkt der juristischen Kritik wurde, stellte dann aber eine Verschiebung innerhalb des juristischen Denkens und Wissens dar, die 'den Richter' als neuen Richter im Strafverfahren überhaupt erst konstruierte. Als

504 Oesterley (1814), 27 ff.

505 Oesterley (1814), 27: „Verwalten ist die Sache eines Einzigen; Richten das Geschäft Mehrerer“.

506 Oesterley (1814), 28: „Die Verwaltung der Gerechtigkeit“ als Tätigkeit der Justiz bedeutete den Schutz der „Rechte“ und des „Eigenthum[s] eines jeden Einzelnen“.

507 Oesterley (1814), 29 f.

508 Dazu etwa Köstlin (1849), 98: „Wer dem Angeschuldigten die Stellung einer Parthie im bürgerlichen Prozesse zu verschaffen trachtet, der huldigt einem falschen Liberalismus“. Molitor (1843), 4, mit Anmerkungen 4 und 5: Mittermaier habe „Bedenklichkeiten von dem politischen Standpunkte“ geäußert; Abegg gehöre zu den „Koryphäen der conservativen Seite“; Biener (1845), 73: „Diejenigen, die dem Liberalismus huldigen“. Siemann (1987), 205 f., verweist allgemein auf „rechtsstaatliche Verheißungen“, die der „Kränkung bürgerlicher Freiheit“ in Strafverfahren Einhalt gebieten sollten.

509 Haas (2008) hat den Versuch unternommen, die Debatte nach dem „Staatsverständnis“ der Reformjuristen zu ordnen – was allerdings ihrem Textkorpus und dem Denken überhaupt eine schablonenhafte Konsequenz unterstellt, die sich nicht so recht bestätigt finden lassen will; 115 f.: „Infolgedessen beschränkte sich die Intention dieses Teils der Reformanhänger darauf, [...] ein im Vergleich zum Inquisitionsprozess *zweckmäßigeres* Verfahrensmodell einzuführen [...], das eine größere Gewähr [...] für die Wahrung der bürgerlichen Freiheiten des Beschuldigten bieten sollte“; 117: „In sich konsequent war allerdings die vertretene Konzeption keineswegs“. Konzeptuelle Konsequenz vermisst auch Collin (2000), 45.

politischer Hoffnungsträger wurde er damit von politischer Kritik zunächst exkludiert. Diese Strategie lässt sich auch daran festmachen, dass 'der Richter' nicht mehr als aktiver Problemerzeuger, sondern als passives Opfer der Verfahrensabläufe dargestellt wurde: Der Richter wollte gerecht urteilen; er kam aber unverschuldet gar nicht dazu, weil er nur die „Untersuchungsakten als Erkenntnisgrundlage“ benutzen und damit „nur von einem unvollständigen und verzerrten Bild vom tatsächlichen Ablauf des Geschehens ausgehen“ konnte.⁵¹⁰ Der Richter und sein Urteil erschienen also gleichsam als Opfer der Aktenlage. Damit dieses Bild überhaupt stimmig sein konnte, setzte es die Trennung voraus in den Untersuchungsrichter, der die Akten lieferte, und in den erkennenden Richter, der über Recht und Unrecht meditierte.

II. Der Staatsanwalt

In den 1840er Jahren hatte man auf diesem Wege den erkennenden, urteilenden Richter bereits erfolgreich der sich verschärfenden politischen Kritik entzogen. „Anliegen der Reformbewegung war es ja gerade, dem Richter die Bürde der Parteilichkeit abzunehmen.“⁵¹¹ Insbesondere das Strafverfahren war in dieser Zeit seitens der Juristen einer verstärkten Kritik ausgesetzt, die in einer allgemeinen politischen Kritik gründete. Über Strafverfahren wurde schließlich von den 1820er Jahren bis in die späten 1840er Jahre in den Territorialstaaten und insbesondere in Preußen die politische Opposition verfolgt⁵¹² – „was als Mißbrauch des Strafrechts zu politischen Zwecken in der Erinnerung der liberalen Bewegung fortlebte, waren die mit der Demagogenverfolgung verbundenen Ereignisse.“⁵¹³ Über diese Erfahrung und Erinnerung bestätigte sich einmal mehr der Generalverdacht, dass das Strafrecht grundsätzlich ein zivilisiertes „Indiz“ für „Krieg“ und ein „Kampfmittel“ ist⁵¹⁴. Je nach Gesellschaftssystem ist diese „Kampfsituation“ mal mehr, mal weniger erfolgreich „verschleiert“, das heißt, mit einem „Schein der Legitimation“ belegt.⁵¹⁵ Wenn nun der Richter als politischer Hoffnungsträger der bürgerlich-liberalen Bewegung unter diesen Bedingungen dem Verdacht entkommen sollte, dass er

510 Zitate bei Collin (2000), 42.

511 Collin (2000), 47. Schon Grolman (1810), XXXIX: Das Institut der französischen Procureurs wecke Interesse, weil „durch es die Richter der, öfters sehr unangenehmen Nothwendigkeit, Parthieen-Interesse ex officio zu wahren, entrissen und nicht mehr in die Verlegenheit gesetzt werden können, aus ihrer Rolle als unpartheiische [...] Wesen treten, und das Zutrauen auf die Reinheit ihres Wirkens [...] in den Augen des Publikums compromittiren zu müssen.“

512 Blasius (1983), 30 ff.; Blasius (1992), passim; Hodenberg (1996), 243 ff.

513 Collin (2000), 95.

514 Lüderssen (2012), 34 f.

515 Lüderssen (2012), 34 f.

parteilich im Sinne der Interessen der Staatsregierung sei, brauchte er insbesondere für den wertenden Akt der Anklage ein strafprozessuales Plus an Entlastung.

Hier kristallisierte sich der Staatsanwalt als Lösungsmittel heraus, das nicht nur für Juristen, sondern auch in der zunehmend mitzubedenkenden Öffentlichkeit seine Wirkung entfaltete. Der institutionalisierte Ankläger war dafür da, „den Richter [...] auf den Kreis reinrichterlicher Thätigkeit zu beschränken, ihn dem Angeschuldigten gegenüber nur als einen untersuchenden und urtheilenden, nicht aber als anklagenden Beamten erscheinen zu lassen“⁵¹⁶.

Die These der Juristen, der Staatsanwalt sei institutioneller Erbe des Inquisitionsrichters,⁵¹⁷ ist nicht nur deswegen viel zu kurz gegriffen. Schon die Behauptung, dass der Richter im Inquisitionsprozess gleich drei Funktionen – die des Ermittlers, Anklägers und Verteidigers – in sich vereint habe,⁵¹⁸ reproduziert argumentative Muster des juristischen Diskurses aus dem 19. Jahrhundert. Auch der Tenor, dass sich der Strafprozess durch den Staatsanwalt kaum geändert habe, wurde im juristischen Diskurs schon in den 1840er Jahren gepflegt: „Allein was sind solche [öffentlichen] Ankläger anders als von Amtswegen auftretende, also inquisitorische Beamte?“⁵¹⁹ Die Form des Prozesses, nach Anklage- oder Inquisitionsprinzip gestaltet, sei gleichgültig.⁵²⁰ Daran knüpfte man in den 1860er Jahren wieder an: Geändert habe sich durch die Reformen nicht besonders viel, denn „sowie dem Untersuchungsrichter des ehemaligen Inquisitionsprocesses legen jetzt dem Staatsanwalt die Gesetze die bestimmte Pflicht auf, Amtshalber dafür zu

516 Brauer (1847), 156. Eine aktuelle Bewertung, freilich mit einer anderen, prinzipiengeleiteten Zielsetzung, bei Haas (2008), 116: „Das Prozessziel der Entdeckung materieller Wahrheit sollte dadurch erreicht werden, dass man [...] durch die prozessuale Ausdifferenzierung von strafverfolgender Anklage, Verteidigung und Richtertätigkeit [...] eine Befangenheit des erkennenden Gerichts zu vermeiden trachtete“.

517 Etwa Hüls (2007), 225; Peters (2010), 302, beruft sich auf Meckbach (1976), 89; auch Schneider, Rolf: Der Rechtsanwalt – ein unabhängiges Organ der Rechtspflege, Berlin 1976, 86.

518 Der Nachweis dieser „Behauptung“ in rechtshistorisch-ambitionierter „Studienliteratur“ findet sich bei Koch (2008), 394; Fn. 8. Den Grund dieser 'Fehlvorstellung' macht Koch in einer aktuellen Immunisierungsfunktion aus: Der „Missstand, welchen die heutige Literatur dem perhorreszierten frühneuzeitlichen Strafverfahren zuschreibt,“ sei eigentlich ein aktueller. Nach der StPO habe der Vorsitzende in der strafrechtlichen Hauptverhandlung „bei Kenntnis der Untersuchungsakten die Vernehmung des Angeklagten, die Ermittlung der materiellen Wahrheit und die Urteilsfällung“ (548) vorzunehmen und sei damit nichts anderes als – ein sehr mächtiger Inquirent.

519 Hepp (1842), 34; 39: Der Inquirent im Inquisitionsprozess „thut [...] der Sache nach, was im Accusationsprocesse der Ankläger zu thun hat, er macht die Anklage, sucht den Beweis derselben herzustellen, und leitet sogleich als R i c h t e r (Untersuchungsrichter) das Verfahren über die von ihm erhobene Anklage ein“.

520 Hepp (1842), 34: „Mithin würde durch die Einführung eines Staatsanwaltsamts [...] dem inquisitorischen Prinzipie an und für sich kein Abbruch geschehen“.

sorgen, daß für Verbrechen, die zu seiner Kenntniß kommen, die Schuldigen bestraft werden.“⁵²¹

War der Staatsanwalt also der berüchtigte Inquirent in Neuauflage? Es wäre plausibel, wenn Mittermaier und andere Juristen in den 1850er Jahren deswegen eine explizite rechtspolitische Wende gegen die Staatsanwaltschaft vollzogen. Es galt ihnen, die Staatsanwälte als alte Geister in neuen Gewändern zu entlarven.

War also gerade durch die Einführung der Staatsanwaltschaft alles beim Alten geblieben? Es kommt auf die Perspektive an – für den Strafrichter hatte sich durch den Staatsanwalt alles geändert. Mittermaier hatte bereits 1845 die Staatsanwälte der juristischen Profession zugerechnet,⁵²² wobei die Staatsanwälte offensichtlich noch nicht den Platz des Untersuchungsrichters eingenommen hatten. Damals war es noch der Untersuchungsrichter, der die schwerste Bürde zu tragen hatte: Während alle anderen Juristen durch professionelle Exzellenz – „ausgezeichnet“, „tüchtig“, „fähig“ – wirkten,⁵²³ musste der ideale Untersuchungsrichter das juristische Laster des 19. Jahrhunderts schlechthin, die Parteilichkeit besiegen.

Ab den 1850er Jahren richtete man die Kritik an der Staatsanwaltschaft nicht nur mehr auf ihre dienstrechtliche Organisationsform – sie umfasste jetzt auch die Parteilichkeit, wie sie zuvor noch dem Untersuchungsrichter vorgehalten worden war. Am Staatsanwalt ließen sich legitimatorische und tugendhafte Vorwürfe abstreifen. Der Strafrichter als 'Richter' jedenfalls war davon befreit worden – obwohl doch die Richterposten mit Staatsanwälten besetzt wurden⁵²⁴; obwohl doch dem Angeklagten mit dem Richter in der Hauptverhandlung und dem Staatsanwalt im Vorverfahren „der Sache nach zwei Inquirenten“⁵²⁵ gegenüberstanden.

Die Reformjuristen mochten sich zwar enttäuscht zeigen. An wesentlicher Stelle hatten sie ihre Welt jedoch erfolgreich umstrukturiert: 'Der Richter' war im Strafprozess nicht nur Reformforderungen, sondern vor allem auch der politischen Kritik entzogen worden, indem er die Anklage als aktiv-wertend verstandene Handlung und damit das Amt der expliziten Strafverfolgung abgeschüttelt hatte. Es war fortan die „Staatsanwaltschaft in Deutschland“⁵²⁶, die in den Augen der Juristen als eine der „jüngsten deutschen Staatseinrichtungen“ reformiert werden musste.

521 Glaser (1868/1861), 451.

522 Mittermaier (1845), Vorwort III: „Ausgezeichnete Staatsanwälte, tüchtige, gewandte Präsidenten, völlig unparteiische Untersuchungsrichter und fähige beredte Verteidiger“.

523 Bei den entscheidungsführenden Gerichtspräsidenten und den streitenden Advokaten trat noch die Eloquenz – „gewandt“, „beredt“ – hinzu.

Darüber konnte man den Richter vergessen. Es war der Staatsanwalt, der Gefahr lief, „als Werkzeug der Regierung zur Durchsetzung politischer Zwecke gebraucht“⁵²⁷ zu werden; Anklagepflicht und Weisungsabhängigkeit⁵²⁸ wurden „in politischen Zeitschriften [...] eifrig diskutiert“ und „heftig angegriffen“.⁵²⁹ Es war der Staatsanwalt, der dem altbekannten Vorwurf ausgesetzt wurde, er sei „nicht befähigt, Krieg gegen sich selbst zu führen und durchgreifend die Interessen des Entlastungsbeweises wahrzunehmen.“⁵³⁰ Er hatte jene Bürden übernommen, die der Richter nicht mehr tragen sollte, weil sie sein Amt „beschwert und verunstaltet“, sein Ansehen gemindert und „nur Mißtrauen gegen die Gerichte“ gesät hatten⁵³¹. Es war nun der Staatsanwalt, der an der dreifaltigen Schizophrenie litt, zum asketischen Juristen ausgebildet zu sein, der Erwartung von politischer Neutralität und sachlicher Objektivität entsprechen zu sollen und trotz alldem als Personal der willfährig agierenden „Kavallerie“ zu gelten.

Er war das strafprozessuale Plus, das der Richter benötigte, wenn er auch für die Strafverfolgung „das Bild von der Neutralität und Unparteilichkeit“⁵³² wahren wollte, wie es im Zivilprozess ausreichend etwa über die in „negativer Rhetorik“ stilisierte

524 Blankenburg/Treiber (1978), 172 f., schildern die preußische Justizpersonalpolitik in Form der Besetzung von hohen Richterstellen mit altgedienten Staatsanwälten als „zweites Sieb politischer Bewährung“. Dagegen differenzierter Ormond (1994), 558: Es habe „eine Besetzung höherer Justizstellen mit ehemaligen Staatsanwälten auch in den süddeutschen Staaten“ gegeben „und der linksliberale [...] Abgeordnete und Richter Müller-Meiningen konnte es daher als 'Köhlerglauben' bezeichnen, daß die Beschäftigung bei der Strafverfolgungsbehörde schärfere Strafrichter produzierte“; 561: „Das Persönlichkeitsprofil, die Mentalität der Richter und insbesondere ihre Sanktionsempfindlichkeit mußten sich in Preußen erheblich verändert haben seit der Zeit des Verfassungskonflikts“, festzustellen seien „eine Metamorphose liberaler Honoratioren zu Reserveoffizieren“, „gesteigerte Autoritätsgläubigkeit“, die „Anpassung an die herrschenden Werte“, „hervorgerufen durch [...] politische Säuberung?“; 564: Die „Entliberalisierung“, also der Rückgang linksliberalen Denkens und Handelns“ sei auf drei Gründe zurückzuführen: 1. allgemein: Wilhelminismus, Refeudalisierung; 2. justizspezifisch: Abgang der Liberalen in die Kommunalverwaltung und den Anwaltsberuf als bessere Option; Freigabe der Advokatur, Bildung zweier politischer Lager aufgespalten nach Profession; und 3. kulturspezifisch: „Gesellschaftsstrukturen, Traditionen, politische Kultur, politische Rahmenbedingungen“, seien „wichtiger als die Disziplinierungs- und Personalpolitik des Dienstherrn.“

525 Rüping (1992), 156. So auch Koch (2009), 548.

526 So der Titel des vorläufigen Resümees zur neuen Institution von Keller (1866).

527 Mittermaier 1856 und 1862, bei Carsten/Rautenberg (2012), 79.

528 Für Preußen: Collin (2000), 118 ff.; mit „historischer Entwicklung“ und zu einzelnen Reformmodellen des Weisungsrechts Krebs (2002), passim; bei Carsten/Rautenberg (2012) ist die durch das Weisungsrecht geprägte Stellung der Staatsanwaltschaft der rote Faden; die Schrift ist explizit als Plädoyer für eine Reform des Dienstrechtes ausgegeben.

529 Carsten/Rautenberg (2012), 80 f.

530 Holtzendorff (1864), 20.

531 Berndt (1931), 722.

532 Hocks (2002), 118.

Begründung von Urteilen gesichert war⁵³³. Diese Strategien waren für die Strafrechtspflege offenbar unzureichend. Der generelle Verdacht der Parteilichkeit des Entscheidungsträgers erwies sich im Strafrecht und seinen Verfahren als besonders hartnäckig. Er wurde erfolgreich auf die Staatsanwaltschaft umgeleitet und fand 1863 seinen vorläufigen rechtspolitischen Höhepunkt in der Forderung, die Staatsanwaltschaft gänzlich wieder abzuschaffen.

Dem Vorwurf der „angeblich einseitigen Stellung als öffentlicher Ankläger“ sahen sich Staatsanwälte ab den 1860er Jahren im Geschäftsalltag vor allem durch Strafverteidiger ausgesetzt. Man tat ihn als argumentum ad hominem ab, das dann eingesetzt wurde, wenn der Verteidigung sachliche Argumente fehlten.⁵³⁴ Allerdings traf das so formulierte Misstrauen auch die institutionelle Ebene, wenn man es etwa gegen erweiterte Antragskompetenzen der Staatsanwaltschaft für den Erlass von Haftbefehlen (§ 126 RStPO) anbrachte. Hier setzte man den Vorwurf mangelnder „Gewissenhaftigkeit und Objektivität“⁵³⁵ als prinzipielles rechtspolitisches Argument ein: Gleich einer Konzentration unkontrollierter staatlich-politischer Herrschaft werde die Kompetenzerweiterung mindestens als „ernste Gefahr für die Sicherheit und Ruhe des deutschen Staatsbürgers“ wahrgenommen, wenn sie nicht gar „mit der völligen Vernichtung der verfassungsmäßig garantierten Freiheit des Individuums gleichbedeutend“ sei.⁵³⁶

Diesem politischen Verdacht sahen sich die Gerichte nicht mehr ausgesetzt, im Gegenteil: Zwischen 1849 und 1889 war man zu dem Schluss gekommen, dass der Richter im Strafverfahren „psychologisch nicht präoccupiert“⁵³⁷ und geneigt sei, „nach dem Satze 'in dubio pro mitius' zu verfahren“⁵³⁸. In seiner Brust würde „das milde

533 Hocks (2002), 115 ff.

534 Stelling (1893), 866; der Vorwurf, „daß die Staatsanwälte nur zu leicht die belastenden Momente, nicht aber die entlastenden Umstände in genügender Weise ermitteln“ sei nicht mehr als ein „heute schon ziemlich verrostetes Rüstzeug aus der Rumpelkammer der Verteidigung“.

535 Stelling (1893), 871, Anm. 7.

536 Zitate bei Stelling (1893), 871, der diese Formulierungen ironisch wiedergab, gegenüber dem damit verbundenen Misstrauen gewisse Ermüdungserscheinungen anzeigte und es offensichtlich leid war, dass man rechtspolitische Debatten auf dem Rücken professionell agierender Staatsanwälte austrug: „Mit dieser Behauptung [...] [Parteilichkeit und Verfolgungseifer] sollte man heutzutage im Ernste nicht mehr kommen. [...] Staatsanwälte, welche nicht stets die Bestimmung des § 158 Abs. 2 StPO im Auge haben [...], gibt es heutzutage nicht mehr“, 866. § 158 Abs. 2 RStPO entsprach dem geltenden § 160 Abs. 2 StPO: „Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist.“

537 Kries (1889), 6.

538 Stelling (1893), 878.

Herz⁵³⁹ der Justiz schlagen. Am ehesten hielt man dem Strafrichter noch vor, er würde sich „von einer falschen Humanität leiten [...] lassen“⁵⁴⁰ – ein Vorwurf, wie er etwa vom Kaiser anlässlich des Strafverfahrens gegen die Berliner Eheleute Heinze⁵⁴¹ erhoben worden war. Die Richter standen damit, zumindest noch, auf der richtigen Seite: Die Vernichtung verfassungsmäßig garantierter Freiheit oder falsch verstandene Humanität in Opposition zur kaiserlichen Kriminalpolitik – welcher Vorwurf im 19. Jahrhundert für Juristen schwerer wog, weil er mit ihrem durch Sachlichkeit, Neutralität und Unparteilichkeit geprägtem Selbstbild und ihrer Legitimation kollidierte, lässt sich leicht erraten.

1889 waren diese Linien bereits so verfestigt, dass man nicht viele Worte auf sie verwenden musste: „Es wird häufig von dem Vertrauen gesprochen, welches man in die Unparteilichkeit der Gerichte setzen könne, während Staatsanwalt und Polizei gegenüber ein gewisses Mißtrauen gerechtfertigt sei. Von anderer Seite wird das letztere dann wohl als unbegründet bezeichnet.“⁵⁴²

Der Staatsanwalt hatte „die richterliche Function auf ihrem erhabenen Standpunkt rein erhalten und von allen Tendenzen und Errichtungen befreit, welche ihre Unabhängigkeit und Unbefangenheit beeinträchtigen können.“⁵⁴³ Das „eigene Tun“ des Strafrichters wurde dadurch zusätzlich stabilisiert.⁵⁴⁴ Der Richter konnte sich nun auch im Strafprozess durch „Selbstbewußtsein, Sachlichkeit, Offenheit und Mut“⁵⁴⁵ auszeichnen, weil man vor der Staatsanwaltschaft jeher eine „weit verbreit[ete.] konstitutionelle Scheu“⁵⁴⁶ hegte, die sich im Laufe des 19. Jahrhunderts polemisch zuspitzte und sich zu dem Verdacht verdichtete, die Staatsanwaltschaft leide unter Verfolgungseifer und agiere als „Kavallerie der Justiz“. Der politische Vorwurf an die Strafjustiz wurde durch diese Verschiebung abgemildert, da er sich nun auch

539 Stelling (1893), 886.

540 Stelling (1893), 886.

541 Stelling (1893), 886. Stolleis, Michael: Der Mordfall Heinze und die Lex Heinze, in: Greiner, Bernhard / Thums, Barbara / Vitzthum, Wolfgang (Hgg.): Recht und Literatur. Interdisziplinäre Bezüge, Heidelberg 2010, 219-235: Das Strafverfahren gegen die Eheleute Heinze produzierte einen der Sittlichkeitsskandale im deutschen Kaiserreich und war Anlass für einen Kulturkampf, weil seitens der Regierung versucht wurde, über die sogenannte 'Lex Heinze' dem Strafrecht den Sittlichkeitsschutz in Sachen Kunst und Theater zu übertragen; Stolleis wertet die Lex Heinze als Akt symbolischer Strafgesetzgebung.

542 Lapidar: Kries (1889), 7.

543 Molitor (1843), 26.

544 So mit Hocks (2002), 189; zur Entlastungsfunktion, die in der Begründungspflicht und der Darstellung der Entscheidungsgründe eines Urteils liege.

545 Hocks (2002), 190 f.

546 Bei Hahn (II/1880), 1048.

organisatorisch nicht mehr auf den erkennenden Richter richten konnte und sich damit nicht mehr im Zentrum der Justiz befand.

Ende des 19. Jahrhunderts hatte sich die Kritik an der Staatsanwaltschaft allerdings soweit verfestigt, dass sie zu einem allseitig einsetzbaren Stereotyp⁵⁴⁷ geworden war. Nicht nur der willenslose und unpolitische Richter als „Subsumtions-Automat“ war zur „Karikatur“ geworden.⁵⁴⁸ Auch der Staatsanwalt wurde zur Persiflage des Anklägers im Gerichtssaal, der sich als schneidiger Opportunist aus Image- und Karrieregründen seine Segelohren weg operieren ließ. Die Justiz hatte enttäuscht.⁵⁴⁹ Der Staatsanwalt kann diese Enttäuschung vom Strafrichter aber strukturell grundsätzlich fern halten.

D. Der Staatsanwalt

Es waren die Gerichte und der Richter, die den juristischen Diskurs zur Staatsanwaltschaft dominierten. Dessen Pfade zeigten sich dadurch einmal mehr als Vorgaben der rechtspolitischen Reformdebatten aus dem 19. Jahrhundert, der Ausdifferenzierung und Positivierung des Rechts. Man folgt der Trennung von Recht und Politik bis heute in anhaltenden Debatten zur externen und internen Weisungsabhängigkeit der Staatsanwaltschaft. Oder mit der Idee, dass die Staatsanwaltschaft mit einem nach Akkusationsprinzip konzipierten Strafprozess verbunden ist, der als eine zentrale Reformforderung des 19. Jahrhunderts in die Rechtsgeschichte einging.

Aus dieser Perspektive konstruiert man die Staatsanwaltschaft als behördlichen Ableger der Gerichte⁵⁵⁰ oder als Mittel der Politik, Strafverfahren und Gerichtsentscheidungen zu 'beeinflussen'. In beiden Fällen ist sie Mittel zum Zweck – die mehr oder weniger „glückliche Lösung der bisher unaufgelösten Frage [...], wie auf der einen Seite die Justiz in den einzelnen Sachen unabhängig von dem Cabinetseinfluße erhalten und auf der anderen Seite doch die stete Aufsicht der Regierung auf die Justiz bewahrt [...] werden könne.“⁵⁵¹ Im Konflikt um die „konstitutionelle und gesetzliche Sicherung der Justiz“⁵⁵² bot sich die

547 Kiesow (2005), 140 ff., mit Nachweisen aus politischer Karikatur und Satire zu Beginn des 20. Jahrhunderts.

548 Lahusen (2011), 10; Ogorek (1986/2008), 5 ff.

549 Zur aufkommenden Justizkritik am Abend des 19. Jahrhunderts: Simon (1975), 45 f.

550 Evident etwa bei Ignor (2002), der an das Selbstverständnis der Richter und ihres Amtes anschließt: „Entsprechendes gilt für die Staatsanwälte [...]“, 246.

551 Grolman (1810), XL. Wortwörtlich zitiert bei Braun (1845), 21 und bei Gerau (1849), 328.

552 Stolleis (1992), 117.

Staatsanwaltschaft für beide Seiten als neuralgischer Punkt an, ohne dass man ihr darüber hinaus einen Eigenwert zurechnete. Eine Geschichte aus dieser Perspektive ist spezifisch juristisch geprägt, denn sie hat die Unabhängigkeit der Justiz⁵⁵³ und das Gericht als Zentrum des Rechts zu ihren Parametern. Eine eigene Geschichte besitzt die Staatsanwaltschaft darin nicht. Das mutet als Kuriosum an, ist aber vor allem Ausdruck des Wissens und Denkens der deutschen Juristen seit dem 19. Jahrhundert.

All dies spiegelt die Beschwerde eines preußischen Oberstaatsanwalts aus dem Jahr 1851 wider: „Immer noch werde die Staatsanwaltschaft als 'Appendix' der Gerichte angesehen, als bloßer Ankläger.“⁵⁵⁴ Die Staatsanwaltschaft als Anhang der Gerichte, in dem sich kirschkerngleich die Anklage als wertender Akt und die unmittelbare Weisungsabhängigkeit von der Politik gesammelt hatten – finden sich keine anderen Beschreibungen?

I. Ein Rechtsgelehrter, wie er seyn soll

Alexander Müller hatte 1825 das erste rechtspolitische Plädoyer für eine Staatsanwaltschaft in den deutschen Territorialstaaten verfasst.⁵⁵⁵ Die Natur seines Anliegens erklärte er unumwunden für politisch. Denn Grundbedingungen und Zweck⁵⁵⁶ deutscher Staatsanwaltschaften könnten weder durch „wissenschaftliche Forschung“ noch durch national-kulturelle Analogien gefunden oder verworfen werden: Einziger Maßstab sei „das Kleinod der bürgerlichen Verfassung“, das mit seiner gesellschaftlichen Kraft die Nationalgrenzen von Frankreich und den deutschen Territorialstaaten sprengte. Entscheidend für Müller war der „Hauptzweck

553 Collin (2000) stellte seine Untersuchung zur Staatsanwaltschaft in diesen Kontext. Das zeigt sich darin, dass er eine Gegenerzählung zur Annahme, die Staatsanwaltschaft sei eine „liberale Errungenschaft“ und ihre Etablierung ein „Sieg des Rechtsstaatsprinzips“, aufbaut – der erste Bezugspunkt ist also bereits eine politische Zuordnung. Damit verbunden ist eine historische Wertung, die sich auf „die Unabhängigkeit der Justiz insgesamt als Maßstab für die Liberalität und Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens“ einlässt und dadurch in ihrer Struktur dem Verhältnis von Recht und Politik eher folgt, als es zu verlassen. Entsprechend bilden der „Einfluß des [...] unabhängigen Gerichts“ und der „Einfluß der Regierung“ die beiden Faktoren für die „Gestaltung der Strafrechtspflege“; wobei die Unabhängigkeit der Justiz als Ausgangslage für die Frage nach den, unter dieser Voraussetzung bestehenden, „Einwirkungsmöglichkeiten“ der Exekutive auf die Strafrechtspflege dient.

554 Indirektes Zitat des Oberstaatsanwaltes Beugheim, wie er es im Jahresbericht an den preußischen Justizminister formuliert hatte, im Januar 1851: Collin (2000), 130.

555 Müller (1825), IX f.: „Meine Absicht bei dieser Schrift ist nur, eine Darstellung des Instituts der Staats-Anwaltschaft zu liefern, und zugleich nachzuweisen, daß dieses Institut als gut und weise und nützlich [...] auf's neue verpflanzt zu werden verdiene.“

556 Müller (1825), 136: „Ist diese Einführung überhaupt möglich und nothwendig?“, auch alle folgenden Zitate aus 136 ff.

der bürgerlichen Gesellschaft“: „die Sicherheit unabhängiger [...] unparteiischer Gerechtigkeits-Pflege“. Damit stellte er sich ganz in den Dienst der Reformbewegung. Als Garant für „Recht und Wahrheit und für gesetzliche Ordnung“ pries er den Staatsanwalt an. Dessen professionelle Eigenschaften waren es, die sicherstellten, dass er sich nicht durch Politik korrumpieren, von ihr „gebrauchen lassen“ oder zu „unerlaubten Zwecken der Ministerien“ tätig werde.⁵⁵⁷ Sie entsprachen den Eigenschaften, die Juristen allgemein für ihren Berufsstand anmahnten. Bei Müller erfuhren sie allerdings eine theatralische Steigerung, die ihresgleichen suchte: Als „ein Rechtsgelehrter, wie er seyn soll“, zeichnete sich der ideale Staatsanwalt durch „gründliche Theorie“ und „gereifte Erfahrung“ aus. Mit „umfassendem Blicke in die mannigfaltigen Verhältnisse des Lebens“, aber „durchaus rechtlich zugleich“ bewältigte und bewegte er „unermüdet fleißig“ den Arbeitsstoff. Ein gebildeter und sozial umsichtiger Rechtsarbeiter also, der an den Gebrechen der diesseitigen Welt nicht litt – weder wurde er von Emotionen ergriffen („leidenschaftlos“) noch erdrückten ihn materielle Nöte („Nahrungssorgen“). „Fremdartige Geschäfte“ konnten ihn deswegen als Gefälligkeitsdienste und ausgleichende Zuverdienstmöglichkeit nicht anlocken. Derart allen weltlichen Sorgen und Versuchungen entrückt, erfüllte der Staatsanwalt bei Müller seine „Pflichten“, unbeugsam „gewachsen [...] im Kampfe“ gegen sämtliche Justizübel: Er sollte gegen „unkundige oder leidenschaftliche Richter“, gegen sich von Bestechungsgeldern ernährende „höhere Staatsbeamte“ und schließlich auch für „gebeugte Schuldlose“ kämpfen.

Nicht weniger als das mögliche Versagen des ganzen Justizsystems sollte durch den pflichterfüllenden Staatsanwalt also aufgefangen und verhindert werden. So fand dieses stark überzeichnete, mit Tugenden aufgeladene Leitbild dann auch seine Entzauberung durch einfache Worte: „Vom Idealen darf die Gesetzgebung nicht ausgehen; unsere Beamte sind Menschen.“⁵⁵⁸

Als Mensch und Beamter durchlief der Staatsanwalt die juristische Ausbildung und wurde durch sie zum Rechtsarbeiter geformt. In den ersten Jahren der Institution wurde das staatsanwaltschaftliche Personal meist unmittelbar aus der Richterschaft rekrutiert, sodass der juristische Werdegang der Staatsanwälte eine Selbstverständlichkeit war. Schon die ersten Staatsanwälte für Strafverfahren in

557 Alle Zitate bei Müller (1825), 223; bis wieder anders benannt.

558 Molitor (1843), 25.

Berlin – August Wentzel und Julius Hermann von Kirchmann – waren zuvor Richter gewesen. Auch in Baden rekrutierte man die ersten Staatsanwälte für Strafverfahren aus der Richterschaft. Im Königreich Hannover wurde das Personal der Staatsanwaltschaft 1850 „nicht ausschließlich, wenn auch überwiegend“ aus der Richterschaft ausgewählt; „auch Advokaten sowie bisherige Verwaltungsjuristen“ seien beauftragt worden.⁵⁵⁹ Im Herzogtum Braunschweig sollten die Staatsanwälte zwar „nicht zu den richterlichen Beamten“ gehören, aber „nur solche, die das Richteramt bestanden haben“, konnten zu Staatsanwälten ernannt werden.⁵⁶⁰ Heinrich Friedberg ist wohl der erste Jurist in Preußen gewesen, der als Staatsanwalt gearbeitet hatte, ohne zuvor bereits Richter gewesen zu sein. Auch er hatte aber natürlich – glänzend – die juristische Ausbildung absolviert. Deren Notwendigkeit ergab sich für den Staatsanwalt auch daraus, dass er die Entscheidung des Richters antizipieren können musste.

In Preußen war die juristische Ausbildung zwar am stärksten reglementiert, in ihren Grundsätzen wie etwa der Qualifikation durch staatliche Prüfungen wurde sie aber auch in anderen deutschen Territorialstaaten etabliert und kontrolliert. Man richtete die Staatsanwaltschaft als Behörde zu einer Zeit ein, in der man sich bereits auf den Gegensatz von Laien und öffentlicher Meinung einerseits, und Juristen und Wissenschaft andererseits berief. Der juristische Blick auf das Leben war das Merkmal, an dem dieser Unterschied festgemacht wurde. Dieser spezifische Blick auf die Welt war von außen nicht zu verstehen und schien sich direkter Korrektur und Steuerung zu entziehen. Die „Differenz zwischen“ der „rein fachmäßig gelehrten, mit logischer Gewandtheit operierenden Auffassung“ und dem „einfachen staatsbürgerlichen Rechtsbewußtsein“⁵⁶¹ war nicht zu überbrücken. Und die Staatsanwaltschaft hatte sich dem juristischen Blick, der „chiffrierten Schrift“, dem „künstlichen Gedankenprozeß juristischer Auslegung“ nicht erst angepasst, er ist ihr nicht erst „mit der Zeit geläufig geworden“, sondern er war ihr von Anfang eigen. „Als deutscher Jurist erzogen“ – so sah sich auch der Staatsanwalt selbst.⁵⁶²

559 Knollmann (1994), 185.

560 NLA Wolfenbüttel, 12 A Neu Fb. 5, Nr. 3610: Schreiben zum Gesetzesentwurf über die „dienstliche Stellung der staatsanwaltschaftlichen Beamten“ 1849.

561 Alle folgenden Zitate, bis wieder anders benannt, aus Holtzendorff (1864), 34.

562 Diese Selbstausskunft gab Molitor (1843), 8, als Obergerichtsrat und Generalstaatsprokurator in München. Zu „Lebenslinien“, Justizkarrieren und „Berufsethos“ der preußischen Richter Hodenberg (1996), 27-86; 103-141; 163-179. Zum juristischen Habitus, mit Pierre Bourdieu, Habermas (2008), 138 ff.

II. Die Sechs Gebote

Trotzdem taten sich die Juristen schwer, spezifisch für den Staatsanwalt ein professionelles Leitbild zu entwickeln. Vielleicht verblasste der Staatsanwalt auch hier angesichts des dominierenden Richters; vielleicht kam in diesem Umstand die politische Betroffenheit der Juristen zum Tragen, die sich auf das Weisungsrecht und die Dienstorganisation der Staatsanwaltschaft konzentrierte.

Eine Ausnahme davon machte Ludwig von Jagemann,⁵⁶³ der gleich im zweiten Band der von ihm herausgegebenen Zeitschrift „Der Gerichtssaal“ 1849 „Sechs Gebote“⁵⁶⁴ für die „öffentlichen Ankläger“ aufstellte. Diese Gebote waren der Versuch, den 'Beruf' des Staatsanwalts als eigene Größe zu umreißen. Jagemann entwickelte für den Ankläger eine Art Tugendkatalog, erteilte ihm Praxisanweisungen⁵⁶⁵ und interpretierte Funktion und Aufgabe des Staatsanwalts, ohne dabei allzu stark in einen typischen rechtspolitischen Reformtext abzugleiten. Nicht zuletzt waren die Gebote auch ein Erfahrungsbericht – Jagemann selbst hatte die badische Staatsanwaltschaft in Freiburg als Karrierestation (1842) vor seiner Beförderung zum Justizministerialrat passiert. Als forumserfahrener Praktiker wusste er also, wovon er schrieb.

1. Hebel der Rechtsordnung

Zum Anlass seiner Schrift nahm er, dass in Deutschland die Berufswahl des Staatsanwalts tendenziell unbeliebt war.⁵⁶⁶ Den deutschen Juristen gelte der Staatsanwalt als ein „Polizeibeamter, ein Spürer, Angeber und Rächer“, der gar dem „Hasse des Volkes“ ausgesetzt sei.⁵⁶⁷ Diesen Umstand, den Jagemann selbst als Irrtum ansah, erklärte er mit den Faktoren Öffentlichkeit und Parteilichkeit. Zwar unterliege mit der öffentlichen Hauptverhandlung nun auch der Richter „höheren Ansprüchen“; er und sein Urteil müssten sich der Kontrolle durch „die Anlegung jedes beliebigen kritischen Maßstabes“, der „freien Beurtheilung Aller unterwerfen“.⁵⁶⁸ Von

563 Jagemann (1805-1854) war Sohn des Präsidenten des Hofgerichts Mannheim und später badischer Justizminister; s. Jagemann (1881), 643-645.

564 Jagemann (1849), 214.

565 So stellte das sechste Gebot eine Anleitung für Auftritt und Rede in der mündlichen Hauptverhandlung dar; Jagemann (1849), 241-242.

566 Jagemann (1849), 214: Es herrsche eine gewisse Scheu davor, eine Stelle als Staatsanwalt anzunehmen; manchmal musste eine Stellenbesetzung über den offiziellen Dienstweg sogar angewiesen werden; 215: Unter den vielen neuen Ämtern finde die Staatsanwaltschaft am wenigsten Bewerber und habe eher mit Abneigungen zu kämpfen.

567 Jagemann (1849), 220.

568 Jagemann (1849), 215.

den Sitzungsbeteiligten der Hauptverhandlung schien allerdings allein der Staatsanwalt diese Last einer öffentlichen Kontrolle tatsächlich tragen zu müssen. Das kritische Erbe des Inquisitionsrichters hatte eine praktische Entsprechung vor Gericht, denn der Richter war während der Sitzung in jeder Hinsicht souverän. Weil er überzeugt werden wollte und musste, entgegnete ihm die Strafverteidigung mit einer anderen Rhetorik als dem Staatsanwalt. Die Richter durften während der Sitzung nicht, „selbst vom Angeklagten nicht, getadelt oder bemängelt werden“⁵⁶⁹. Der Staatsanwalt hingegen sollte den Rechtsbrüchigen zur Verantwortung ziehen und befand sich mit der Konzentration der Kritik allein in einer eher „schwierigen Lage“, so Jagemann.

Die Abneigung gegen die Staatsanwaltschaft, wie sie sich auch in der Berufswahl der Juristen niederschlug, konnte sich Jagemann wohl erklären, akzeptieren wollte er sie nicht. Für ihn war die Staatsanwaltschaft „der Hebel der Rechtsordnung“⁵⁷⁰. In dieser aktiven und entscheidenden Funktion sah er nichts Schlechtes und deswegen stellte er den Anklägern mit den 'Sechs Geboten' „Verhaltensregeln“⁵⁷¹ und Ratschläge zur Verfügung, wie sie der politischen Fama entgegen wirken und aus der „schwierigen Lage“ „ehrentvoll hervorgehen“⁵⁷² könnten.

Gleich zu Beginn musste er sie aber enttäuschen: Gerechtigkeit könne nur noch durch den urteilenden Richter entfaltet werden. Für alle anderen Prozessbeteiligten bleibe jene zwar eine generelle Handlungsanweisung, mehr aber auch nicht. In der öffentlichen Hauptverhandlung befinde sich der Staatsanwalt im Kampf mit der Verteidigung und folglich in einer Parteistellung, die mit der Wahrnehmung von Gerechtigkeit per definitionem „unverträglich“⁵⁷³ sei.

Anders allerdings als die Verteidigung, die sich der Unschuld des Angeklagten annahme, müsse der Staatsanwalt „Vertreter des Gesetzes“⁵⁷⁴ sein. Damit bezog sich Jagemann nicht auf das durch Preußen propagierte Bild des Gesetzeswächters. Der preußische Staatsanwalt als 'Wächter der Gesetze'⁵⁷⁵ sollte seine Legitimation daraus ziehen, dass er auch die Unschuld des Angeklagten abwog. Auf diese propagandistische Annäherung an das neue Richterideal ließ sich Jagemann nicht

569 Jagemann (1849), 215.

570 Jagemann (1849), 216.

571 Jagemann (1849), 221.

572 Jagemann (1849), 216.

573 Jagemann (1849), 217.

574 Jagemann (1849), 217.

575 Zur Geschichte dieses Begriffes in den Gesetzgebungsarbeiten im preußischen Staatsministerium ausführlich Collin (2000), 48 f., 75 f., 81 f., 114 f.; s.a. unten E.

ein. Sein Vertreter des Gesetzes „habe die Hoheit und Unverletzlichkeit des Gesetzes zu bewahren, wie ein Hoherpriester [sic] die Heiligkeit des Glaubenssymbols“.⁵⁷⁶ Das Berufspostulat für den Staatsanwalt zielte also auf die symbolische Wiederherstellung der Rechtsordnung durch die öffentliche Missbilligung des Verbrechens ab. Jagemann wird dann auch zu den Vertretern der „Wiederherstellungslehre“ innerhalb der Straftheorie gezählt.⁵⁷⁷ Ihm ging es um ein spezifisches Verständnis der Rechtsordnung als staatlich gewährte Sicherheit und er vertraute zugleich in hohem Maße auf die symbolische Kraft des Strafgesetzes. Sein Staatsanwalt war damit zeitlos und stieß zum Boden des gesellschaftlichen Strafrechts vor.⁵⁷⁸

Jagemann hielt es deswegen auch für legitim, dass die Staatsanwälte in ihren Entscheidungen grundsätzlich von der „Staatsregierung“, dem „Justizministerium“, dem „Souverän“ abhängig waren. Der Staatsanwalt handle als Vertreter der Zentralregierung im Interesse der gesetzlichen Ordnung.⁵⁷⁹ Der Politik oblag schließlich die Gestaltung der gesetzlichen Ordnung, die Ordnung des Staates und der Gesellschaft über Gesetz und Recht. Dieser Ordnungsanspruch war für Jagemann nicht verwerflich, sondern nötig: Nur so könne der (Rechts)Frieden gewahrt bleiben.

Die Abhängigkeit der Staatsanwälte von der Staatsregierung beschrieb der berufserfahrene Jagemann als subtil wirkende Struktur. Selten erfolge eine direkte, inhaltliche Anweisung durch das Justizministerium. Das Ganze basiere eher auf einem passiven „Geschehenlassen“ durch das Ministerium – die Staatsanwaltschaft

576 Jagemann (1849), 217.

577 So Müller-Tuckfeld (1998), 26; nach Müller-Dietz, Heinz: Vom intellektuellen Verbrechenschaden. Eine nicht nur historische Reminiszenz, in: GA 1983, 481-496. Danach kamen Jagemann und Brauer in dem gemeinsam verfassten „Criminallexikon“ [1854, 360 f.] unter den Stichworten 'Genugthuung, Genugthuungsforderung' explizit auf die Wiederherstellungslehre Welckers „zurück“, 491. In dem vorliegenden Text von 1849 setzte Jagemann Schlagworte („Keckheit“, „Heiligkeit“) ein, wie diese auch bei Welcker [zu diesem: Müller-Tuckfeld (1998), 25] aufgetaucht waren.

578 Lüderssen (1995), 14: Vor einem als Gesellschaft gedachten Forum habe die Strafgewalt gewissermaßen ihre Statik geändert. An Individualfreiheit oder Staatsräson geknüpfte Bindungen der Strafgewalt wie die liberale „Gerechtigkeit“ oder das politische „Zweckmäßigkeitsdenken“ traten und treten immer wieder auf; sie verlieren aber gerade durch diese Konjunktur an Allgemeingültigkeit und ihren totalen Geltungsanspruch und damit zunehmend ihre Daseinsberechtigung. Gleichsam als Bodensatz in einer sich stetig weiter aufklarenden Brühe bleibe ein gesellschaftliches Strafrecht übrig, das „nur noch auf symbolische Wirkung setzt“, dafür aber umso größere Kreise ziehen könne.

579 Jagemann (1849), 220.

interpretiere dies als stillschweigendes Einverständnis, das sie in ihrem Geschäftsalltag voraussetzen konnte, wenn sie es inhaltlich antizipierte.⁵⁸⁰

2. Freundlicher Hohepriester

Unter diesen Postulaten empfahl Jagemann dann konkrete „Verhaltensregeln“.

Bei der Aufnahme von Anzeigen, also gegenüber juristischen Laien und Bürgern, solle sich der Staatsanwalt nicht als „schwer zugänglicher und mißtrauischer Mann“⁵⁸¹ zeigen. Hier, am Empfang der Strafrechtspflege, müsse er Vertrauen erwecken und dem Anzeigenden „freundlich entgegenkommen und bereitwilliges Gehör verleihen“. Er habe „jeden gleichmäßig mit Geduld anzuhören“. Wohl dürfe er danach Erkundigungen anstellen, nicht aber „Spionage“ betreiben. Der Staatsanwalt solle „Hülfsbereitschaft“, oder „wenigstens den Willen“ erkennen lassen, dem Geschädigten „Genugthuung verschaffen“ zu wollen. Dann erfahre er schon hier, gewissermaßen in der bürokratischen Dienstleistung, echte Anerkennung seitens der zivilen Öffentlichkeit.

Außerdem bewirke der Staatsanwalt auf diese Weise eine Art negativer Generalprävention, weil „die Verbrecher wahrnehmen, wie die öffentlichen Beamten überall wachsam sind“⁵⁸². Diese Präventionsarbeit erwähnte Jagemann zwar eher nebenbei, er ließ ihr aber doch eine gewisse Bedeutung zukommen. Bei Diebstählen sei „der gewöhnliche Fall“, dass der Staatsanwalt den Tatbestand feststelle, gerade obwohl man „ohne Hoffnung“ sei, jemals „des Diebes habhaft zu werden“.⁵⁸³ Nicht nur im 21. Jahrhundert nahm der Staatsanwalt also insbesondere bei Eigentumsdelikten zahlreiche Anzeigen entgegen⁵⁸⁴, die keinerlei Aussicht auf eine gerichtliche Hauptverhandlung hatten.

Solch Aufwand war aber nicht vergeblich. Jagemann sah den Zweck dieser zunächst sinnlos anmutenden Arbeit in ihrer Präventionswirkung, die bei ihm im Einklang mit dem „Gesetzesvertreter“ als Hohepriester einer symbolisch agierenden Ordnung stand: Schuld oder Unschuld waren hierfür keine entscheidenden Faktoren, sondern

580 Jagemann (1849), 220.

581 Jagemann (1849), 221.

582 Jagemann (1849), 222. Müller-Tuckfeld (1998), 105: „Man kann das Problem [der ineffektiven Androhungsprävention] natürlich symbolisch lösen, indem man die kommunikative Struktur der Generalprävention ernst nimmt und durch gezielte Polizeipräsenz ein hohes Entdeckungsrisiko kommuniziert“.

583 Jagemann (1849), 222.

584 Zur Entstehung der „modernen Eigentumsordnung vor Gericht“, gerade auch durch die strafprozessualen Vorverfahren Habermas (2008), passim.

das Ziel war, durch „die Nachforschung verdächtiger Personen die Keckheit [...] niederzuhalten“⁵⁸⁵ und den symbolischen Verfolgungswillen zu kommunizieren.

3. Schneller Angriff und Beweispanzer

Die zweite Verhaltensregel orientierte Jagemann an den Merkmalen, die man allgemein für Verwaltungsbeamte im Gegensatz zum Richter konstruierte: Wenn der Staatsanwalt den Tatbestand erfasse und eine Anklage verfasse, habe er „schnell und kurz“⁵⁸⁶ vorzugehen. Dabei sei die „moralische Ueberzeugung“ sein Leitfaden. Die Arbeitsergebnisse müsse der Staatsanwalt nicht mit einem „bombenfesten Beweispanzer“ umgeben; es genügten „präzise Andeutungen alles Dessen, was von Einfluß auf die Beurtheilung der Sache sein kann“. Die beste Anklage war also moralisch orientiert und nicht als endgültige Entscheidung ausgestaltet; sie bot trotz Kurzfassung dem Richter alle möglichen Anknüpfungspunkte für sein Urteil.

Auch hier kam Jagemann wieder auf die Generalprävention zu sprechen: Der Staatsanwalt habe auch deswegen „schnell und kurz“ zu agieren, weil, „was die [...] Wirkung auf das Publikum betrifft, [...] ein schneller Angriff“⁵⁸⁷ am wichtigsten sei. Entscheidend war, die Öffentlichkeit kommunikativ erreichen zu können. Jagemann empfahl deswegen grundsätzlich den Weg zum Correctionell-Gericht, das die Anklage über das unweit kürzere zuchtpolizeiliche Verfahren aburteilte⁵⁸⁸ und damit eine publikumswirksame „rasche Erledigung“ versprach: „Je frischer das Andenken der That, um so befriedigender die Nachricht [...] der Buße“. Die Arbeit des Staatsanwaltes stand ganz im Dienste einer aktuellen Nachrichtenerzeugung, die sich nicht so sehr an den Angeklagten und Abgeurteilten, sondern an das öffentliche „Andenken“ richtete.

4. Vorurteils- und Rücksichtsfreiheit

Auch das dritte Gebot hatte die Öffentlichkeit im Blick, zielte unmittelbar aber auf den „redlichen Charakter“ des Staatsanwaltes ab. Wenn dieser beim Publikum „eine günstige Meinung“ erreichen wolle, so habe er sich an die „goldene Regel“ zu halten, „immer und überall frei von Vorurtheilen und frei von Rücksichten zu verfahren“.⁵⁸⁹

585 Jagemann (1849), 222.

586 Jagemann (1849), 222.

587 Jagemann (1849), 224.

588 Jagemann (1849), 224. Das Correctionell- oder auch Zuchtpolizeigericht halte gewöhnlich eine Sitzung pro Woche ab; sein Verfahren setzte keine schriftliche Voruntersuchung voraus.

589 Jagemann (1849), 225.

Hier verwarf Jagemann kurzerhand „Schadenfreude“ und voreilige Auskünfte über den Verfahrensausgang.⁵⁹⁰ Etwas pikanter waren die konkret aufgeführten „Rücksichten“, mit denen Jagemann auf persönliche Befangenheitsgründe anspielte, die sich aus sozialen Strukturen und Kontakten ergeben konnten – diejenigen „des Standes, der Freundschaft und des Mitleids“⁵⁹¹. Für potentielle Interessenkonflikte unter Freunden empfahl er dem betroffenen Staatsanwalt schlicht die Abgabe des Falles an unbefangene Kollegen. Für den Fall, dass „hochgestellte“ oder „dienstlich vorgesetzte Personen“ eine Anklage durch „Unterhandlungen“ zu verhindern und zu „hintertreiben“ versuchten, hatte Jagemann dem Staatsanwalt keine andere Abhilfe anzubieten, als den Schritt, „seine Entlassung zu verlangen“⁵⁹².

Das „Mitleid“ war nach Jagemann die größte Herausforderung für das „Herz des Staatsanwaltes“⁵⁹³. Damit spielte er auf soziale Ungerechtigkeit⁵⁹⁴ an, die der Staatsanwalt wegen seiner „Pflichtstrenge“ bei der Strafverfolgung nicht berücksichtigen dürfe. In solchen Fällen könne er wohl „Mitgefühl“ und „Liebe“ zeigen, aber tatsächlich nicht mehr tun, als auf einen möglichst schleunigen Prozess hinzuwirken und vorsichtig „die der Verteidigung am dienstlichsten scheinenden Mittel und Behelfe“ anzudeuten.⁵⁹⁵

Der Kern der Vorurteils- und Rücksichtsfreiheit war aber, dass der Staatsanwalt Zurückhaltung und Entsagung bei der Anklageerhebung übe. Das sei nicht nur der öffentlichen Meinung von der Staatsanwaltschaft förderlich, die ansonsten unter Verdacht gerate, harmlose Bürger zu drangsalieren. Für Jagemann bestand hier auch eine Linie zum „neuen System“ des Strafprozesses. Anders als im Inquisitionsprozess dürfe nun nicht mehr jedes Gerücht Anlass einer langwierigen Untersuchung werden, die die Gerichte belaste und endlich nur eine Instanzenlossprechung ergebe. Jagemann war sich sicher, dass „vier Fünftel“⁵⁹⁶ der alten Fälle wegfielen, weil sie für die Staatsanwaltschaft kein Anklagepotential besaßen. Darunter zählte er auch solche Fälle, in denen der Staatsanwalt zwar „innigst“ von der Schuld des Verdächtigen überzeugt sei, sich der Fall und sein

590 Jagemann (1849), 228.

591 Jagemann (1849), 226.

592 Jagemann (1849), 227.

593 Jagemann (1849), 227.

594 Jagemann (1849), 227: Es gebe „Scenen von Fürbitte und Verzweiflung“, weil der oder die Angeklagte „die Stütze einer Familie“ sei und deswegen um „Nachsicht“ gebeten werde.

595 Jagemann (1849), 228.

596 Jagemann (1849), 226.

„Subject“ insgesamt aber als „schwach graviert“⁵⁹⁷ darstellten. Das lässt sich im weitesten Sinne als Einstellungsbefugnis der Staatsanwaltschaft interpretieren, die nicht die Schuld zum Maßstab hatte, sondern die Qualität des deliktischen Schadens, eben die 'Gravierung'. Jagemann formulierte hier unaufgeregt und pries das Vorgehen eher an, als dass er es verteidigte. Dass die Anklage durch den Staatsanwalt trotz Schuldbefund „einzustellen“⁵⁹⁸ sei, war 1849 offensichtlich noch kein Problem, sondern ein unspektakulärer, willkommener Effekt der Arbeit des öffentlichen Anklägers.

5. Gerichtsanalogie

Im Vierten Gebot widmete sich Jagemann ausführlich der Möglichkeit, dass der Staatsanwalt „die Verfolgung einzustellen“⁵⁹⁹ habe. Solange kein Urteil in der Sache ergangen sei, könne der Staatsanwalt jederzeit seine „Ansicht“ ändern, so Jagemann – während der Voruntersuchung, nach Versetzung in den Anklagestand oder noch in der mündlichen Hauptverhandlung.

Am wichtigsten sei allerdings der „Schritt“ zur Eröffnung der Hauptverhandlung, die Entscheidung über den Untersuchungsabschluss. Es ist bezeichnend für den Stellenwert dieser Entscheidung, dass Jagemann hier die einzige Analogie zum Gericht zog: Der Staatsanwalt habe in diesem Verfahrensabschnitt „mit gleicher Schärfe und Unbefangenheit“ zu prüfen, „als geschähe es durch ein Gericht“.⁶⁰⁰ Und deswegen forderte Jagemann hier, anders als in seinem an Verwaltungsmaßstäben orientierten Zweiten Gebot, richterliche Entscheidungsparameter ein: Der Staatsanwalt unternahm die Subsumtion unter das Strafgesetz, die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit der Schuld und die Berücksichtigung von – annäherungsweise – Strafmilderungs- und Strafausschlussgründen.⁶⁰¹ Die Analogie zur richterlichen Arbeit wurde explizit, wenn Jagemann hier für den Staatsanwalt nun doch die Gerechtigkeit als Entscheidungsmaßstab⁶⁰² anbrachte. Im Schritt zur Eröffnung der Hauptverhandlung konnte der Staatsanwalt demnach eine Entscheidung nach rechtlichen Maßstäben fällen. Aus dieser Entscheidung zog er den Gewinn einer

597 Jagemann (1849), 226.

598 Jagemann (1849), 228.

599 Jagemann (1849), 228; 228 ff.

600 Jagemann (1849), 228.

601 Jagemann (1849), 228 f.

602 Jagemann (1849), 229: Der Staatsanwalt frage sich, ob „die Gerechtigkeit fordert, ihn [den Beschuldigten] mit Strafe zu verschonen?“

doppelten professionellen Selbstbestärkung: Durch die Eigenständigkeit gegenüber den Gerichten, wie sie sich in der Einstellungsbefugnis manifestierte, und durch juristische Arbeit, wie sie in der Gerichtsanalogie aufschien.

Kein Wunder, dass Jagemann, der den Beruf des Staatsanwaltes den Juristen schmackhaft machen wollte, der Einstellung besonderes Augenmerk schenkte. Hier bot sich eine Analogie zur Rechtsautorität des Richters an. Sein Viertes Gebot kann als erster Leitfaden für eine 'gute' Einstellung gelten, denn Jagemann ging hier detailliert vor und führte verschiedene Möglichkeiten an, die Strafverfolgung einzustellen.

Zunächst habe der Staatsanwalt den Tatbestand anhand eines streng juristischen Maßstabs zu prüfen. Hier ergab sich eine erste Möglichkeit: Das Fehlen eines wesentlichen Tatbestandsmerkmals könne nicht durch „moralische Überzeugung“ – wie sie trotz fehlender „doctrineller Evidenz“ etwa bei Geschworenen entstehen könne – ausgeglichen werden.⁶⁰³ Moralisch motivierte Indizienketten ergäben eine juristisch nur unzureichende Anklage; damit bleibe nur die Einstellung übrig.

Eine zweite Einstellungsmöglichkeit ergab sich aus dem Grad der Wahrscheinlichkeit, den es erforderte, „um einen Angeklagten unbedenklich vor Gericht zu stellen“⁶⁰⁴. Damit sprach Jagemann das Erfahrungswissen an, über das der Staatsanwalt alle relevanten Faktoren – Delikttyp, Konfliktlage, Interessen und Charisma der beteiligten Personen, Öffentlichkeitswirksamkeit und gesellschaftliche Relevanz⁶⁰⁵ – in seine Fallentscheidung einzubeziehen hatte. Er müsse all diese „Momente [...] abwägen“, wofür „die Erfahrung die beste Lehrmeisterin“ sei.⁶⁰⁶ Der Staatsanwalt benötigte hier also, ebenso wie später der Richter, das Judiz.

Außerdem sprach Jagemann für eine dritte Einstellungsmöglichkeit noch die Tatumstände an, die in der heutigen Strafrechtsdogmatik als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe und bei der Strafzumessung bekannt sind. Damit wollte er

603 Jagemann (1849), 229; etwa müsse bei mutmaßlicher Tötung eine Leiche vorhanden, bei Notzucht der Widerstand bewiesen sein.

604 Jagemann (1849), 229.

605 Jagemann (1849), 229 f.: Einzubeziehen sei, dass „in politischen Processen eine Beurtheilung immer s c h w e r e r herbeizuführen“ sei und Eigentumsdelikte „in der Regel s c h ä r f e r als [...] Verbrechen gegen die Person“ verurteilt werden; dass es „auf das Ansehen und die Gunst“ der Strafverteidiger „bei dem Publikum“ ankomme und auch auf „die Ansichten und Vorurtheile“, die sich hinsichtlich des Beschuldigten „bereits im Publikum gebildet“ haben; auf den „Gerechtigkeitssinn Aller“ und auf den Effekt, den das Urteil erzielen solle. Der könne auch darin liegen, dass „Zweifel geschlichtet“ werden müssten, was insbesondere für „Causes Célèbres“ zutrefte. Der „gewandte Staatsanwalt“ müsse auch „zu erkunden verstehen, ob die Stimmung des Volkes für oder gegen die anzuklagende Person ist“.

606 Jagemann (1849), 229 f.

„dickleibige Acten, herausgekünstelte Urteile“ und Missverhältnisse zwischen verhängtem Strafmaß und normativem Unwertgehalt des Verbrechens vermeiden.⁶⁰⁷ Bei der Bewertung der Tatumstände solle der Staatsanwalt dem „gemeinen Menschenverstand“ Rechnung tragen und „die Stimme der Natur hören“, nicht hingegen den „abstracten Maßstab der legislativ-modernen Casuistik“ und die „Begriffsbestimmungen der Wissenschaft“ anlegen. Dadurch könne der Staatsanwalt „unmenschliche“ Entscheidungen vermeiden und er dürfe hier deswegen auch „Gnade für Recht“⁶⁰⁸ ergehen lassen. Die Fallbeispiele, die Jagemann dazu anführte, bezogen sich auf armutsbedingten Diebstahl.⁶⁰⁹ Hier gestand er dem Staatsanwalt eine nicht-rechtliche Begründung seiner Entscheidung zu – Menschlichkeit statt Sachlichkeit, Gnade anstelle von Rechtsbegriffen. Die Stimme der Natur war zwar nicht (mehr) die Stimme des Rechts. Gleichwohl durfte der Staatsanwalt, wenn die sozialen Bedingungen des Rechtsfalles zu offensichtlich waren, die Strafverfolgung einstellen. In diesem Sinne betrieb der Staatsanwalt bei Jagemann über das Strafverfahren Sozialpolitik.

Nicht nur an der Richter-Analogie zeigt sich also, dass die Einstellung für Jagemann einen originären Entscheidungswert besaß. Er stellte sie aber nicht als opportunes Verwaltungshandeln in Kontrast zum richterlichen Urteil. Stattdessen verknüpfte er die Einstellung mit juristischen und richterlichen Maßstäben, etwa beim fehlenden Tatbestandsmerkmal oder implizierten Judiz. Jagemann versuchte, den Beruf des Staatsanwaltes als eigenständig und dem Richteramt ebenbürtig darzustellen. Einen Zuschlag der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung zur Sache der Justiz unternahm er explizit hinsichtlich der methodischen Arbeitsschritte. Dadurch trug er auch der generalisierten Juristenausbildung Rechnung.

An anderer Stelle verband Jagemann die Einstellung gerade mit Maßstäben, an denen die sozialen Bedingtheit des Rechtsfalls evident wurde. Auch hier bewegte er sich aber schon in Rechtsmaßstäben. Bei ihm ging zwar noch verhältnismäßig ungeordnet durcheinander, was die Strafrechtsdogmatik mit den Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen einerseits, mit der Strafzumessung und der Schwere der Schuld andererseits nunmehr kategorial einfängt. Mit „Nothstand“,

607 Jagemann (1849), 231: Das Missverhältnis zwischen einer 14-tägigen Haftstrafe und dem Schuldspruch wegen Tötung stelle sich „wie die Maus zum Elephanten“ dar.

608 Jagemann (1849), 232.

609 Jagemann (1849), 232: „Hungersnoth“; Entwenden „offen liegender Lebensmittel“, um den „armen Eltern einen guten Tag zu bereiten“; Diebstahl eines Vierundzwanzigkreuzerstücks aus „großer Noth“.

„Unzurechnungsfähigkeit“ und „Notwehr“ zog aber auch schon Jagemann begriffliche Grenzen gegenüber dem Mitleid, mit dem das Herz des Staatsanwaltes zu kämpfen hatte. Das Mitleid führte Jagemann als emotionales Merkmal einer persönlichen Betroffenheit auf. Deswegen konnte er es an anderer Stelle als Entscheidungsmaßstab für den Staatsanwalt kategorisch ausschließen – die Grundhaltung des Staatsanwaltes gegenüber dem Beschuldigten bestimmte die juristisch-sachliche Pflichtstrenge. Die „Menschlichkeit“ der gesamten Straftat hingegen, die sozial bedingten Fallumstände machte Jagemann durch ein Arsenal an dogmatischen Kategorien operabel. Dass trotzdem etwa bei der Strafzumessung eher Gefühl und Erfahrungswerte anstelle von Rechtsbegriffen herrschten, ist bis heute nur schlecht zu verdecken.⁶¹⁰ Das Entscheidungsmoment tritt hier offener zutage, und im Grunde stand der Strafrichter vor demselben Problem wie der Staatsanwalt – dass er die Einbrüche des Sozialen in seine Rechtsentscheidung kaum durch Begriffe, sondern 'nur' durch Bauchgefühl, Erfahrungswissen und Judiz einzufangen vermochte. Darin lag dann, wie in jeder Entscheidung, ein wenn auch schlecht verschleiertes Machtmoment. So war es für Jagemanns Agenda nur folgerichtig, hier einen besonderen Hinweis zu platzieren.

Im Vierten Gebot erläuterte Jagemann dann noch die letzte der Einstellungsmöglichkeiten. Während der Hauptverhandlung konnte die Anklage zurückgenommen und dadurch das Verfahren beendet werden. Neben der Beobachtung, dass diese Option überhaupt bestand, ist zu bemerken, dass Jagemann auf das Image des Staatsanwaltes und nicht auf dessen Arbeit abstellte. Die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung brachte dem Staatsanwalt die Sorge darum, wie er „angesehen“⁶¹¹ wurde. Wenn sich hier die Beweislage, etwa durch unbrauchbare oder neue Zeugen, gravierend änderte, so musste der Staatsanwalt alles dafür tun, dass er nicht wie ein im „Wahne“ stehender Verfolger erschien, der den Angeklagten nur noch „um jeden Preis als Opfer für die Autorität“ seiner eigenen

610 § 46 StGB. Zum Streit der Juristen über die Qualifizierung der Strafzumessung als „richterliches Ermessen“, „irrationaler Akt“, „echte Rechtsanwendung“ oder [!] „schöpferische Tätigkeit“ s. Haas (2008), 385 ff. In diesem Sinne klassisch noch Küper (1967), 7 f.: „Noch ungleich größeren Raum nimmt die Wertentscheidung des Richters auf dem Felde der Rechtsfolgebestimmung ein“; hier sei „der Anteil der 'Subsumtion' an der Rechtsanwendung verschwindend gering“ und es trete der „Wertungscharakter des richterlichen Strafzumessungsakts“ zutage.

611 Jagemann (1849), 235.

Behörde als Vertreterin der Regierung, dem ganzen Verfahren zweckentfremdet, verurteilt sehen wollte.⁶¹² Die Zurücknahme der Anklage bot Abhilfe.

6. Fazit für den Sachwalter

Jagemann widmete der Einstellung überproportionalen Platz. Er wertete sie als echte eigene Entscheidung des Staatsanwalts, von der er sich nicht zuletzt eine gesteigerte Attraktivität des Berufes erhoffte. Hier kam er auf Arbeitsschritte zu sprechen, die jeder Assessor in der juristischen Ausbildung gelernt hatte, und wie jene zu einem Methodenkanon der rechtswissenschaftlichen Juristen konstruiert wurden. Hier sprach er mit dem Judiz, der Versachlichung und Abstraktion Faktoren an, die auch den Richter betrafen, wenn dieser den Strafrechtsfall konstruierte und sein Urteil fällte.

Ansonsten handelten die Sechs Gebote davon, wie der Staatsanwalt sein Erscheinungsbild, „die öffentliche Meinung über die Person des Staatsanwalts“, zu seinen Gunsten beeinflussen konnte. Sie boten ein Image- und Identitätscoaching an, das Jagemann in seinem Sechsten Gebot dann explizit für die alltäglichen Auftritte im Gerichtssaal ausführte. Mit dem Auftritt des einzelnen Staatsanwaltes in der Hauptverhandlung wurde zugleich die 'Corporate Identity' der Behörde kommuniziert. Wenn Jagemann dazu riet, „ohne Leidenschaft und Gehässigkeit“ die mündliche Verhandlung zu bestreiten, dann beschwor er damit die Kampagne eines „Sachwalters“⁶¹³, der nicht nur sein persönliches Ansehen zu pflegen hatte, sondern auch seine Behörde repräsentierte. Der Staatsanwalt dürfe persönliche Überzeugungen zur Strafsache hegen, nur müssten diese sich auf „rechtliche Wahrscheinlichkeit“ beziehen. Damit war die Parteilichkeit des Staatsanwaltes an einen als unparteiisch ausgegebenen, neutralisierten Gegenstand gebunden. Persönliches Engagement war der Arbeit eher hinderlich. Die Behördenstruktur erleichterte und befeuerte zugleich diese Identität und Repräsentation.

Wo die Anklage in Zweifel geriet, sollte der Staatsanwalt sie in wohl dosierter Sachlichkeit dem Richter zur Entscheidung überlassen. Die Taktik bestand darin, „sich niemals Persönlichkeiten [zu] erlauben“⁶¹⁴ und sich „nie gekränkt zu halten“⁶¹⁵, aber die Vertretung des „Allgemeinen, Ideellen“⁶¹⁶ zu beanspruchen. Wenn

612 Jagemann (1849), 235.

613 Jagemann (1849), 235 f.

614 Jagemann (1849), 237.

615 Jagemann (1849), 239.

616 Jagemann (1849), 238.

der Staatsanwalt auf den „moralischen Werth“ des Angeklagten eingehen musste, dann sollte er das nur unter Berufung auf „die Heiligkeit des Gesetzes“ unternehmen.⁶¹⁷ Als Repräsentant, behördlicher Beamter, Stellvertreter der Kollegen und Sachwalter durfte er sich dabei aber die Freiheit erlauben, die Heiligkeit des Gesetzes, das gesamte Verfahren und das Urteil nicht persönlich nehmen zu müssen. Fast schon teilnahmslos liest sich sein Arbeitscredo: „Hauptsache ist ihm, daß Recht geübt, daß die Frage entschieden werde, ob [...] das Gesetz eine Sühne verlange oder nicht.“⁶¹⁸ Ob Verurteilung oder Freispruch, das sollte den Staatsanwalt nicht berühren. Seine Arbeit bestand aus einem präventiven, symbolisch-kommunikativen Akt: „Überall, wo die Ordnung auch nur gefährdet scheint,“ solle der Staatsanwalt „zeigen, daß ein lebendiges Gesetz besteht“. Das sei bereits dann „erreicht, wenn die Anwendbarkeit desselben [des Gesetzes] öffentlich erörtert wird“.⁶¹⁹ Mehr, aber auch nicht weniger, brauchte es in Jagemanns Augen nicht – der „Staatsanwalt [...] ist zufrieden, sobald er gebührend gehört ist und das Gericht gethan hat, was seines Amtes“⁶²⁰ ist.

III. Das Recht zum Fallenlassen

Ein ehemaliger Kollege war Jagemann und seinen Sechs Geboten noch zuvor gekommen. Bereits im ersten Band des Jagemann'schen „Gerichtsaals“ veröffentlichte Staatsprokurator Eduard Bomhard⁶²¹ aus Landau 1849 seine Gedanken zu der Frage, „Ob und wann eine zweifelhaft stehende Anklage vom Staatsanwälte weiter zu verfolgen sei“. Auch hier schrieb also ein Mann vom Fach. Ihn interessierte vor allem die Abgrenzung zu den richterlichen Entscheidungskompetenzen und nicht das Vorverfahren selbst⁶²². Letzteres wurde 1849 offenbar, pars pro toto, nicht als problematisch wahrgenommen.

Bomhard argumentierte mit „allgemeinen Pflichten“, die er aus dem „Institut“ der Staatsanwaltschaft „entlehnen“ wollte, lieferte damit eine ideelle Begründung für seine rechtspolitische Meinung und machte sich nicht die Mühe, Details oder die

617 Jagemann (1849), 238.

618 Jagemann (1849), 238; und 239: „Während [...] der unterliegende Vertheidiger sagen muss: „Ich habe die Sache verloren“, sagt der abgewiesene Staatsankläger blos, „das Gericht war anderer Ansicht als ich“.“

619 Jagemann (1849), 238 f.

620 Jagemann (1849), 238.

621 Bomhard war 1861 dann Oberstaatsanwalt.

622 Er behandelte die bereits abgeschlossene Voruntersuchung und die bereits eröffnete Hauptverhandlung.

Praxis zu schildern.⁶²³ Seine Definition des Staatsanwaltes ließ eine Balance zwischen Schuld und Unschuld oder eine feine praktische Austarierung, wie sie Jagemann vornahm, vermissen: Der Staatsanwalt als „Wächter des Gesetzes“ habe die Aufgabe, „wo möglich jede Verletzung desselben [des Gesetzes] an das Licht und den Uebertreter zur verdienten Strafe in die Schranken des erkennenden Richters zu ziehen“⁶²⁴. Auch Bomhard schloss sich damit nicht dem preußischen 'Wächter der Gesetze' an. Hier schrieb ein Staatsanwalt, der seine Legitimation nicht über eine zum Richteramt analoge Neutralität, sondern über die Vertretung des öffentlichen Interesses als Wahrnehmung des Gemeinwohles zu erreichen versuchte. Die Gesetzesverletzung an das Licht und den Übertreter in die Schranken ziehen, das war aktive Strafverfolgung. Anders als Jagemann tendierte Bomhard deswegen dazu, dass dem Staatsanwalt „nicht unbedingt [...] das Recht“ zustehe, „eine Anklage deshalb, weil ihm ihr Erfolg zweifelhaft erscheint, fallen zu lassen“⁶²⁵ und er die endgültige Entscheidung dem Richter zu überlassen habe.

Aus heutiger Perspektive erinnern Bomhards Aussagen zum einen an das Legalitätsprinzip, das der Staatsanwaltschaft als Anklagebehörde die Verfolgung von Straftaten als gesetzliche Pflicht, als Verfolgungszwang auferlegt. Zum anderen erinnern sie an die Anklageschwelle des hinreichenden Tatverdachts. Bomhard deutete diesen Problemkreis an, für den es aber noch keine feststehenden Begriffe gab. Das Legalitätsprinzip als Gegenstand der rechtspolitischen Debatte tauchte erst ab den 1860er Jahren auf. Rechtshistoriker machen einen Text aus dem Jahr 1860 als Ursprung des Gegenbegriffes, nämlich des Opportunitätsprinzips aus⁶²⁶. Der Sache nach sei damit im Vergleich zu vorausgegangenen Debatten „keine inhaltliche Änderung verbunden“ gewesen.⁶²⁷ Es macht jedoch einen Unterschied, ob etwas benannt wird oder nicht. Ein fester Terminus technicus deutet auf Abgrenzungsbedürfnisse, auf Konflikte oder zumindest auf eine verstärkte Beschäftigung mit der 'Sache' hin. Dieser ab 1860 an Fahrt aufnehmende Prozess lässt sich am besten noch als Versuch begreifen, einen Kernbestand „liberal-bürgerlicher Wertvorstellungen und Positionen“ gegen die „anders verlaufende

623 Bomhard (1849), 137; der Text umfasst fünf Seiten. Insofern übernahm Jagemann mit den Sechs Geboten vielleicht eine Fortsetzung, mit der er im Kern denselben Schwerpunkt setzte, aber feiner und umfassender zu Werke ging.

624 Bomhard (1849), 137.

625 Bomhard (1849), 137.

626 Collin (2000), 181.

627 So Collin (2000), 181.

Realität“⁶²⁸ – eben jener des mit der Reaktionszeit einsetzenden Bündnisses zwischen Bürgertum und staatlicher Herrschaft – abzugrenzen und zu behaupten. Eine kategorische Einordnung nach „Legalitäts-“ oder „Opportunitätsprinzip“ ist für Bomhards Zeiten noch ein unpassender Vorgriff. „Richterneutralität“ und „Öffentliches Interesse“ hatten hingegen feste Anhaltspunkte: Bomhard berief sich explizit auf das „öffentliche Interesse an der Verfolgung der Uebelthäter“.⁶²⁹ Er meinte damit nicht das Regierungsinteresse, sondern ein übergeordnetes, nicht personalisierbares abstraktes Interesse, das „zu groß und zu wichtig“ sei, „um von [...] menschlich schwachen Fäden abzuhängen“⁶³⁰ – eben das Gemeinwohl.

Bomhard schrieb zum „Fallenlassen“ der Anklage aber vor allem, ebenso wie Jagemann, von den „Gefühlen“, denen sich der Staatsanwalt ausgesetzt sah. Er könne verführt sein, eine „schwankende Anklage“ fallen zu lassen, weil er sich die Schmach der Niederlage nach dem Sieg eines „recht glänzenden Verteidigers“ ersparen wolle; er könne versucht sein, sich den „Glanz volksthümlicher Loyalität“ durch den „Beweis mangelnder Verfolgungssucht“ zu sichern.⁶³¹ Diese persönlichen Bedrängnisse entsprachen dem Wunsch nach Anerkennung und sozialer Reputation. Gewissermaßen die Kehrseiten dieser persönlichen Lage, und damit die Sünden des Staatsanwaltes, bildeten „Rechthaberei, Verfolgungssucht im Allgemeinen, Leidenschaftlichkeit gegen die Person eines Angeklagten, oder aber gar die Hoffnung lohnender Anerkennung eines polizeistaatlichen Gouvernements“⁶³². Tadelhafte und für die Profession hinderliche Charaktereigenschaften wurden nur noch durch Korruptierbarkeit übertroffen.

Die Kriterien, nach denen die „Fortsetzung oder Aufhebung der Verfolgung“ und damit ein Recht auf Fallenlassen zu bemessen sei, waren die „objectiven“ und „subjectiven Thatumstände“.⁶³³ Damit bewegte sich Bomhard zunächst in rechtlich differenzierten Kategorien. Zu den Thatumständen zählte er etwa die konkrete Tathandlung.⁶³⁴ Hierzu brachte er beispielhaft an, dass während der Hauptverhandlung die Zuverlässigkeit eines medizinischen Gutachtens oder der

628 Ogorek (1986/2008), 248.

629 Bomhard (1849), 137.

630 Bomhard (1849), 137.

631 Bomhard (1849), 137.

632 Bomhard (1849), 137. Österreichische Variationen finden sich bei Waser (1850), 27: Der Staatsanwalt zeichne sich aus durch „richtigen Tact“ und „kluges, von eitler Rechthaberei, secanter Controle und vornehmer Indolenz entferntes Benehmen“.

633 Bomhard (1849), 138.

634 Bomhard (1849), 138: „Eingriff in die öffentliche Ordnung“.

Tatvorwurf eines Diebstahls in Zweifel gerieten. Ein tragfähiges Entscheidungskriterium für den Staatsanwalt bot Bomhard trotz solcher Rechtsbegriffe damit nicht an. Wo es Zweifel an den Tatumständen gab, solle der Staatsanwalt die Anklage fallen lassen, wodurch er auch einem Freispruch zuvor komme.

Auch mit Blick auf die „Person der Thäters“⁶³⁵ erwog Bomhard ein Recht auf Fallenlassen. Damit umschrieb er Konstellationen, in denen der Angeklagte den unstrittig vorliegenden Taterfolg nicht verursacht hatte oder ein Tatgeständnis widerrief.⁶³⁶ Und er nannte den Fall, in dem eine „Rechtscontroverse das Ergebnis zweifelhaft“ mache.⁶³⁷ Alle Fälle, so unterschiedlich sie zunächst waren, hatten Bomhard zufolge einen gemeinsamen Nenner, nämlich die „Bedeuttheit“⁶³⁸ ihrer Entscheidung. Das widerrufenes Geständnis – von Bomhard beispielhaft genannt für einen Kindesmord – sollte illustrieren, dass mit erhöhtem Strafmaß das Interesse des Angeklagten und der „Gesamtheit“ über das Normale hinaus und in eine Ausnahmesituation hinein wachse. Hier habe der Staatsanwalt Recht getan, die zweifelhaft gewordene Anklage weiter zu verfolgen und nicht fallen zu lassen, denn dadurch sei er der Gefahr entgangen, „der Gesamtheit Etwas [...] vergeben“ zu haben.⁶³⁹ In „hochwichtigem Falle“ sei der Staatsanwalt trotz zweifelhafter Beweislage „nicht berechtigt“, abschließend zu entscheiden.⁶⁴⁰ Auch in Fällen der Rechtskontroverse dürfe er der Entscheidung des „Richterkollegiums“ nicht „vorgreifen“.⁶⁴¹

Die Kunst des Entscheidens lag für den Staatsanwalt also darin, dass er die Natur des Falles einzuschätzen wusste. Drohte ein voraussichtlicher Sieg für die Verteidigung, sollte die Anklage fallengelassen werden. War der Fall von überragender Bedeutung für die Gesamtheit, sollte die Entscheidung dem Richter überlassen werden. War eine strittige Rechtsfrage fallentscheidend, sollte sie dem Richter überlassen werden. In diesem Spektrum blieben dem Staatsanwalt zur

635 Bomhard (1849), 138.

636 Bomhard (1849), 139.

637 Bomhard (1849), 140.

638 Bomhard (1849), 139 [sic].

639 Bomhard (1849), 140.

640 Bomhard (1849), 139. Allgemeiner und wesentlich später beobachtete man, dass „es sich bei der Anklageerhebung [...] bei ungesicherter Beweislage häufig um einen 'Versuchsballon' handelt. Der Staatsanwalt scheint es bei diesen Fällen der Hauptverhandlung zu überlassen, die Beweislage zu klären“, Blankenburg/Sessar/Steffen (1978), 260.

641 Bomhard (1849), 140.

eigenen Entscheidung vor allem die Fälle übrig, die den unzweifelhaften Bodensatz des Alltagsgeschäftes bildeten. Auch dieses Geschäft erforderte aber juristisches Fachwissen und einen sensiblen Sensor für die öffentliche Meinung und die politische Erwartung an das Strafrecht. Auch bei Bomhard hatte der Staatsanwalt den Stil seiner Anklage der jeweiligen Fallkonstellation anzupassen. In den Fällen, die dem Richter zu überlassen waren, sollte der Staatsanwalt „mehr referierend zu Werke gehen“⁶⁴² und dem Richter „gründlich und umfassend [...] alles, was Doctrin und Jurisprudenz darüber lehren“ darbieten. Das entsprach den semantischen Grenzen, die von den Juristen zwischen Anklage und Urteil aufgebaut wurden.⁶⁴³ Hier setzte man die Anklage einem gutachterlichen Antrag gleich, während man das Urteil als Gesetzesanwendung und abschließende Entscheidung konstruierte: „Der Richter soll [...] entscheiden und das Gesetz auf den gegebenen Fall anwenden“;⁶⁴⁴ die „Aufgabe des Richters ist immer lösbar; sie schließt niemals mit einem non liquet ab“.⁶⁴⁵

Wie bei Bomhard allerdings zu sehen ist, konnte der Staatsanwalt mit solch einem Anklagereferat, das bloße Möglichkeit und Wahrscheinlichkeiten betonte, nicht nur die Relevanz des Falles und eigene Zweifel an der Anklage signalisieren. Er kommunizierte zugleich seine Stellung als sachlich nicht entscheidungsbefugter, aber fachlich verlässlicher Jurist.

Bomhard plädierte insgesamt nicht gegen, sondern für ein auf bestimmte Fallkonstellationen beschränktes Recht auf Fallenlassen der Anklage. Kombiniert man sein Plädoyer mit Jagemanns Regeln, so ergibt sich als kleiner Leitfaden für das „Fallenlassen“ oder Einstellen einer Anklage: Auch wenn der Staatsanwalt von der Schuld des Beschuldigten überzeugt ist und diese beweisen könnte – minima non curat (Jagemann). Auch wenn der Staatsanwalt Zweifel an der Begründ- und Beweisbarkeit der Anklage hat, so sollte er bei brisanten Fällen nicht einstellen, sondern die Anklage weiter verfolgen (Jagemann, und vor allem Bomhard). Wann ein Fall eine Bagatelle mit wenig „Gravierung“ darstellte oder von „hochwichtiger“ Brisanz war – das konnte man nicht durch Begriffe festschreiben, sondern höchstens noch durch Fallbeispiele illustrieren, um endlich auf das Judiz verweisen zu müssen.

642 Bomhard (1849), 140.

643 Berninger (1861), 23: Weil die Anklage „nur anregend, vorschlagend, begutachtend“ wirke, könne der Richter „vollkommen frei und selbstständig [...] ebenso gut annehmen als ablehnen“.

644 Berninger (1861), 20 f.; Hervorhebung im Original.

645 Kries (1889), 4.

Beide Autoren hatten als Staatsanwälte gearbeitet. Mit ihren Texten reflektierten sie diese Arbeit auf ihre Weise, setzten damit aber bereits 1849 zu einer Selbstbeschreibung ihrer Profession an. Bomhards Text erweckte Aufmerksamkeit, weil er trotz aller Kürze, ebenso wie Jagemann, bei der Einstellung auf die Tugenden des Staatsanwalts zu sprechen kam. Hier zeigte sich, dass der Staatsanwalt eine echte eigene Entscheidung fällen konnte. Denn eben deswegen konnten beide Autoren hier nicht anders, als den Staatsanwalt auf „Pflichtstrenge“, „Rücksichts- und Vorurtheilsfreiheit“ gegen „Leidenschaftlichkeit“ und „Mitleid“ zu verpflichten – auf Tugenden zu verweisen, wenn keine ungebundene, unkontrollierte Entscheidung ergehen sollte. Der Rückgriff auf Tugenden indiziert grundsätzlich eine Entscheidungssituation, bei der der Zufall wenigstens durch soziale Vorgaben ausgeschlossen werden soll.

Spezifisch für den Staatsanwalt lässt sich nach Bomhard und Jagemann zudem sagen, dass er eine Annäherung an die richterlichen Tugenden der Spätaufklärung⁶⁴⁶ erfahren sollte. Zu einer Zeit also, als man seitens der juristischen Justizstaatsverfechter aus politischer Bedrängnis heraus und um „die Sorge vor der Richtermacht zu entkräften“⁶⁴⁷ bereits die klassischen „Leitbildideen [...] der richterlichen Tätigkeit“⁶⁴⁸ zu dem neuen Bild des „willenlosen, formallogischen, unpolitischen Richter[s]“⁶⁴⁹ umformte, griff man für die Staatsanwälte auf die alten Richtertugenden zurück.

Darin liegt eine historische Doppelung: Gegen den Staatsanwalt im Strafprozess richtete sich die Kritik, die früher dem Untersuchungsrichter gegolten hatte. Eine ähnliche Verschiebung fand auch hinsichtlich der richterlichen Tugenden statt. Auch hier bekam der Staatsanwalt des Richterkönigs alte Kleider, während jener in von Hoffnung getragener Machtfülle zunächst erstrahlen konnte, um alsbald bescheidenes Leinen übergeworfen zu bekommen.

Ist man also wieder beim Richter angelangt, obwohl man eigentlich den Ankläger beschreiben wollte? Der Staatsanwalt, wie er sich bei Jagemann und Bomhard als professionelle Gestalt andeutete, war aus zwei Teilen konstruiert. Er trug zwar die alten Richtertugenden, die dem neuen Richter nicht mehr zur Deckung genügen

646 Dazu Ogorek (1986/2008), 292 f.: „das Recht ohne 'Nebenrücksichten' zu verwalten [...]. Richterliche Willkür sollte so effizient wie möglich ausgeschaltet [...] werden. Man kennt das Ideal des gesetzesgebundenen, des neutralen, des willkürfreien Richters.“

647 Ogorek (1986/2008), 299.

648 Ogorek (1986/2008), 292.

649 Ogorek (1986/2008), 293.

konnten, und erschien einmal mehr als „Appendix“ der Gerichte. Und doch schien in den Anspielungen auf den „schnellen“ und „kurzen Angriff“ eine Zuspitzung auf, die das genaue Gegenteil des neuen „Richtertypus“ formte, nämlich den Verwaltungsbeamten, wie er von den Juristen insgesamt als Gegenspieler des Richters aufgebaut wurde.⁶⁵⁰ Der Staatsanwalt, wie sich ihn Jagemann und Bomhard vorstellten, trug in dieser Kombination ein von Widersprüchen geprägtes Leitbild. Im Verhältnis zum Richter kann man es aber auch als ein flexibles, an den Kontext anzupassendes, als ein relativ spektrenreiches Leitbild beschreiben. Eine genaue Definition dessen, was der Staatsanwalt sei oder sein solle, fällt dadurch nicht leichter. Die Widersprüche bedeuteten aber auch nicht, dass es 'den' Staatsanwalt nicht gegeben hätte. Er ließ sich nur nicht so leicht einfangen. Vielleicht war gerade sein flexibles, widersprüchliches Leitbild Ausdruck davon, dass er 'Mittel zum Zweck' war – sowohl für die Juristen, als auch für die Staatsregierung.

IV. Die Ständigkeit der Behörde

Die Konsolidierung der Staatsanwaltschaft als Behörde fiel mit der Restauration und dem Scheitern des Justiz- und Rechtsstaats zusammen. In dieser Ära schrieb man soziale und politische Hierarchien in Verwaltung und Justiz fest.⁶⁵¹ Die Staatsanwaltschaft wurde dabei zumindest in Preußen als Teil des „Verwaltungsapparates“ ausgestaltet.⁶⁵² Ihre 'acta generalia' sind Behördenakten, staubtrockene, von „Sofort!“ und „Cito!“ begleitete Schriftstücke, die Stellenbesetzungen, Vertretung im Krankheitsfall, Befristung der Vertretung und so weiter und so fort organisierten und registrierten. Insofern unterschied man sich nicht von den Gerichten. Nach und nach baute man den Personalstamm aus und erweiterte ihn um Hilfspersonal. Den Staatsanwälten etwa, die am Stadtgericht Wolfenbüttel im Herzogtum Braunschweig ansässig waren, gestattete man 1850 einen besoldeten Schreiber.⁶⁵³ Es war das Stadtgericht, das die Sitzungstermine der Staatsanwälte festlegte – zusammen machte man jeden Freitag Mittag Feierabend.⁶⁵⁴

650 Ausführlichst Ogorek (1986/2008), 303 ff.; auch zur Motivation der Erfinder dieser Kategorien.

651 Allgemein dazu Ormond (1994), 362 ff.

652 Collin (2000), 243 ff.

653 NLA Wolfenbüttel, 42 B Neu Fb. 3, Nr. 50: Schreiben aus dem Staatsministerium nach Wolfenbüttel vom 31. Mai 1850.

1. Verwaltungsarbeit

Als Verwaltungsapparat nahm die Staatsanwaltschaft aber auch tatsächlich Verwaltungsarbeit wahr, für die zuvor noch die Gerichte zuständig waren. In Preußen etwa hatten die lokalen Gerichte in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts noch als Vormundschaftsbehörden „fungiert“, die Richter „erstellten die Personenstandsregister [...], stellten Leichenpässe aus“ und nahmen im „Gerichtsbetrieb“ Aufgaben wie die Führung des „Exekutionswesens“ wahr.⁶⁵⁵

Nicht nur die Richter hatten über den Anfall dieser Verwaltungsarbeiten geklagt⁶⁵⁶; auch die Juristen sorgten, dass den Gerichten diese administrativen Arbeiten abgenommen wurden. So pries Savigny den Staatsanwalt auch deswegen an, weil dieser die „Belastung der Richter mit zu vielen Dingen, welche der Rechtspflege fremd sind“ reduzieren könne – etwa die „Korrespondenz mit anderen Behörden, die Anstellung der niederen Beamten etc.“.⁶⁵⁷ Und Mittermaier erkor die französische Behörde des *ministère public* zum Vorbild, weil sie diejenigen Geschäfte besorge, „welche zwar bei den Gerichten vorkommen, aber nicht als wahre Ausflüsse des richterlichen Amts zu betrachten“ seien. Dazu zählte er „die auswärtigen Requisitionen, z.B. wegen Zeugenvornahme, wegen Auslieferung“.⁶⁵⁸

Der Bürobetrieb der Rechtspflege wurde so der Staatsanwaltschaft übertragen – mit Zustimmung der Richter betrieb man gewissermaßen das Outsourcing ihrer Administration. Das erstreckte sich auch auf Arbeiten, die über den Büroalltag in Strafsachen, wie er sich etwa in der 'Korrespondenz mit anderen Behörden' niederschlug, hinausreichten. So mussten im Königreich Hannover 1850⁶⁵⁹ oder in der Pfalz⁶⁶⁰ Parteien, die einen Prozess nur über das Armenrecht – also über Prozesskostenhilfe – führen konnten, zunächst beim Staatsanwalt vorstellig werden. Dieser sondierte „die Zeugnisse über die Armuth“ und den Streitfall selbst.⁶⁶¹ Nur er

654 NLA Wolfenbüttel, 42 B Neu Fb. 3, Nr. 50: Schreiben vom herzoglichen Stadtgericht Wolfenbüttel an den Staatsanwalt Görtz; die Sitzungszeiten wurden darin wie folgt festgelegt: „1. zur Rechtsprechung in bürgerlichen Rechtsstritten an jedem Montage und Donnerstage, 2. zur Aburtheilung von Strafsachen an jedem Freitage von 9 Uhr morgens bis 1 Uhr Nachmittags“.

655 Hodenberg (1996), 93: „Unter dem Dach eines Gerichtslokals verbarg sich ein Bürobetrieb mit vielen administrativen Funktionen.“

656 Hodenberg (1996), 94: „Die Klage der Richter über die Belastung mit Verwaltungsaufgaben war einmütig.“

657 Savigny (1846), 41.

658 Mittermaier (1848/1990), 282.

659 s. Berninger (1861), 15: „Die Staatsanwaltschaft bewilligt das Armenrecht“.

660 s. Bomhard (1861), 89 ff.

661 Bomhard (1861), 89.

konnte dann die Bewilligung des Armenrechts bei Gericht beantragen. Damit hielt er nicht nur die „Plage“ der „zahllosen muthwilligen Processe der im Armenrechte streitenden Proceßkrämer“ von den Gerichten „ferne“,⁶⁶² sondern er organisierte auch die soziale Auslese beim Zugang zum Gericht.

Die Staatsanwälte waren auch in Vormundschafts- und Entmündigungsverfahren beteiligt. So konnten sie eine gutachterliche Erklärung abgeben, wenn eine Partei unter Vormundschaft stand⁶⁶³ und Antrag auf Entmündigung⁶⁶⁴ stellen. Sie nahmen damit Aufgaben wahr, die zuvor noch bei den gerichtlichen Pupillenkollegien angesiedelt gewesen waren.⁶⁶⁵ Die Vormundschaft wird für die Frühe Neuzeit charakterisiert durch die „gemeinrechtliche Tendenz einer zunehmenden obrigkeitlichen Kontrolle der Untertanen“, eine „sehr umfangreiche Normsetzung im policeyrechtlichen Bereich“ – „Vormundschaftsanordnung und Entmündigung konnte sowohl im Rahmen eines gewöhnlichen Zivilverfahrens erfolgen als auch infolge eines mehrstufigen policeylichen Vorgehens.“⁶⁶⁶ Die Obrigkeit habe sich verstärkt derjenigen Fälle angenommen, „in denen zuvor noch die eigene Familie oder Ortsgemeinschaft dafür Sorge zu tragen hatte, dass der Betroffene keinen Schaden anrichtete. Die Entwicklung ging dabei weniger in die Richtung einer Intensivierung der rechtlichen Fürsorge als vielmehr in die Richtung eines Ausbaues staatlicher Verwahr- und Internierungsanstalten“. Als „Motiv“ für diese Intensivierung vermutet man den „Wunsch“ des Herrschers, „mit einer staatlichen Kontrolle der Untertanen und deren privaten Lebensbereichs eine Festigung der herrschaftlichen Machtposition zu erreichen“.⁶⁶⁷

Nicht nur in diesem hoheitlich kontrollierten Feld von Familien- und Sozialrechtspflege, sondern auch in der Strafrechtspflege trat der Staatsanwalt als Verwaltungsakteur auf: Hier übertrug man ihm die Organisation der Strafvollstreckung⁶⁶⁸ und partielle Zuständigkeiten für Begnadigungsakte⁶⁶⁹. Die

662 Bomhard (1861), 90.

663 Das galt im Königreich Hannover, s. Berninger (1861), 14.

664 Diese Kompetenz schlug sich nieder in § 595 ZPO; s.a. §§ 625, 646 Abs. 2, 675 ZPO a.F.; Carsten/Rautenberg (2012), 110; 376

665 Zu den Pupillenkollegien: Hodenberg (1996), 93.

666 Griebel (2010), 236; 237 ff.

667 Griebel (2010), 236; 237 ff.

668 s. Collin (2000), 247, Fn. 7.

669 Die Staatsanwaltschaft in Kurhessen bekam die Kompetenz für Gnadengesuche übertragen; Seelig (1864), 21: „Daneben sind Abolitions Gesuche in allen, auch in den untergerichtlichen Strafsachen von den Staatsprocuratoren zu instruieren und ist darüber direkt an das Justizministerium zu berichten.“ Auch die preußische Staatsanwaltschaft wurde für die Gnadengesuche zuständig; s. Collin (2000), 247, Fn. 7.

Gnade war im Laufe des 19. Jahrhunderts als willkürliche Entscheidung des Regenten verfehmt worden.⁶⁷⁰ Politisches Misstrauen schlug ihr auch deswegen entgegen, weil das Gnadenrecht dem jeweiligen Landesherrn und nicht dem Kaiser zustand und es sich damit diametral zu den Programmen von nationaler Rechtseinheit und Gleichheit bewegte.⁶⁷¹ Dabei war der Gnadenakt Teil des „traditionellen informellen Mäßigungsprogramms“⁶⁷², das in die Strafrechtspflege zunächst übernommen und als Administrativtätigkeit den Staatsanwälten übertragen wurde. Als vollausgebildete Juristen und als staatliche Beamte betrieben sie gewissermaßen in Doppelfunktion die „stark fachjuristische Prägung von Gnade“⁶⁷³ und ihre Bürokratisierung. Die Staatsanwälte erstellten Gutachten zur Begnadigung, die zuvor noch durch das Justizministerium angefertigt worden waren. Der Staatsanwalt konnte zudem – neben den Bürgern – Begnadigungsanträge stellen.⁶⁷⁴ Die Staatsanwaltschaft stellte damit in ihrer Anfangszeit insgesamt einen institutionellen Pool dar, in den sowohl von den Gerichten als auch von der Regierung administrative Arbeit – von Bürokorrespondenz bis hin zur Untertanenpflege – jedweder Art eingelagert wurde. Dabei traute man den Staatsanwälten als staatlich ausgebildeten Generaljuristen zu, nicht nur die strafrechtliche, sondern rechtliche Materie jeglichen Inhalts zu bewältigen.⁶⁷⁵ Vieles davon ist inzwischen auf spezialisierte Gerichtsbarkeiten wie die Familien- oder Sozialgerichte und spezialisierte Verwaltungsbehörden wie die Jugend- oder Sozialämter weiter ausgelagert worden. Gerade in ihrer Anfangszeit wurde die Staatsanwaltschaft aber durch diese Arbeiten zu einer umfassenden Behörde im wahrsten Sinne des Wortes gemacht.

2. Im Niemandsland

So gilt sie manchem gar als „Genotypus“ der monokratischen Behörde, den man später über den § 144 GVG als „Ur- und Zentralnorm der monokratisch-hierarchischen Behördenvertretung“ gesetzlich festlegte.⁶⁷⁶ Solche Beobachtungen

670 Wettmann-Jungblut (2009), 149, weil sie „den bürgerlichen Idealen der Rechtssicherheit und der vollständigen Rechtskontrolle zutiefst widersprach“.

671 Kesper-Biermann (2012), 29.

672 Seelmann (1989), 351.

673 Kesper-Biermann (2012), 47.

674 Kesper-Biermann (2012), 36 f.

675 s. etwa Popp (1986), 186, zur zivilprozessualen Kompetenz des Staatsanwalts in Ehesachen: „Als Jurist verfüge er über Kenntnisse auch im Zivilrecht“.

676 Hufeld (2003), 30.

beziehen sich auf die Personalstrukturen der Staatsanwaltschaft, die extern im Verhältnis zum Justizministerium und intern hierarchisch organisiert war. Diese Hierarchien bedeuteten für die Staatsanwälte auf interner Ebene vor allem eine starke Bürokratisierung. „Je subalternen ein Betrieb, desto mehr Schreiberei!“⁶⁷⁷, rief ein Staatsanwalt 1921 in Verfügungen und Gegenzeichnungspflicht erstickend aus und pries als Heilmittel die sozial-professionelle Selbstregulierung⁶⁷⁸. Bis dahin hatten sich die Hierarchien aber insbesondere bei der personal- und gebietsstärksten Staatsanwaltschaft in Preußen stetig verfestigt.

Sie fanden sich nicht nur in organisatorischen Normen zur Personalstruktur, zum Behördenaufbau und in Titeln wie des Generalstaatsanwalts wieder. Sie schlugen sich auch in „Styl“-Anweisungen für das Verfassen von Bescheiden und Verfügungen nieder. Solche Anweisungen finden sich in Handbüchern, die von Staatsanwälten selbst verfasst wurden. Das im 19. Jahrhundert wohl bekannteste stammt von Hugo von Marck, der sein Hand- und Nachschlagebuch⁶⁷⁹ als „Bureauhilfe“ konzipierte; bis 1913 erfuhr es drei Auflagen. Es war nicht das einzige auf dem Markt: Hilfe bot auch das Handbuch von König⁶⁸⁰ an, das zwei Jahre zuvor, 1882, erschienen war.

Beide versuchten zunächst, ein Problem zu lösen, das ein Symptom für die Staatsanwaltschaft als prozessuale Institution in einem Ausdifferenzierungsprozess von den Gerichten darstellte: Das Material zur Staatsanwaltschaft bestand aus „vielfach zerstreuten Einzelbestimmungen“⁶⁸¹, die ungeordnet in „Gesetzen, Verfügungen, Instruktionen und Acten zerstreut“ wucherten und demgemäß „oft schwer zugänglich“ waren⁶⁸². Durch Sammlung, Systematisierung und Chronologisierung versuchte man in den Handbüchern, Ordnung und einheitliche Qualitätsstandards für die staatsanwaltschaftliche Arbeit zu schaffen, und war damit praktisch auf sich selbst zurückgeworfen. Denn die Staatsanwaltschaft besaß und

677 Schmidt (1921), Sp. 272.

678 Schmidt (1921), Sp. 272: „Dinge, die gewiß ohne Gefahr für die Allgemeinheit von jedem Dezenten, mindestens nach einigen Dienstjahren, selbstständig bearbeitet werden können.“

679 „Die Staatsanwaltschaft bei den Land- und Amtsgerichten in Preußen. Eine fortlaufende Darstellung der gesamten Tätigkeit der Staatsanwaltschaft nach Reichs- und Landesrecht, mit allen einschlägigen Bestimmungen im Wortlauf und mit Verfügungsentwürfen; als Lehrbuch für die Referendarien, als Handbuch für die Amtsanwälte und als Nachschlagebuch für die Staatsanwälte“.

680 „Die Geschäftsverwaltung der Staatsanwaltschaft in Preußen. Systematische Darstellung des Inhalts der auf den Geschäftskreis der Staatsanwaltschaft bezüglichen Kabinettsordres, Reglements und Rescripte“.

681 Literaturanzeige zu König (1882), in: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jg. 31/1887, 143.

682 Literaturanzeige zu Marck (1884), in: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jg. 9/1885, 154.

besitzt keine eigene Kodifikation, ihre Normen sind seit jeher versprengt. Der 10. Titel im Gerichtsverfassungsgesetz, der ihr gewidmet ist, enthält keine Definition ihrer Funktion – das GVG schweigt in dieser Hinsicht zur Staatsanwaltschaft, seit es in Kraft getreten ist.⁶⁸³ Die Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) hingegen sind für die Staatsanwaltschaft nicht zu unterschätzen. Erstmals 1977 vereinbart, waren sie von Überlegungen zu einem eigenen, im Referentenentwurf gescheiterten Gesetz der Staatsanwaltschaft begleitet worden. Als Verwaltungsvereinbarungen, in denen sich die moderne Politik an eher versteckter Stelle zum Staatsanwalt äußert,⁶⁸⁴ kommt ihnen keine gesetzliche Geltungskraft zu. Gleichwohl sind sie bundeseinheitlich bindend und zusammen mit „Dienstanweisungen“, „Einzelanweisungen“, „Runderlassen, Allgemeinverfügungen“ und „Hausverfügungen“⁶⁸⁵ produzieren sie für Außenstehende eine „schwer entwirrbare Mischung aus Wiederholung von Gesetzestexten, Abänderung von Gesetzestexten und zusätzlichen, auf eindrucksvolle Weise in die Details gehenden Belehrungen“⁶⁸⁶. Dieses Konglomerat entfaltet aber „als Teil der latenten Regeln, welche die Praxis [...] der Staatsanwaltschaften“⁶⁸⁷ bestimmen, hohe Geltungswirkung eigener Art. Denn die Staatsanwälte finden sich in diesen Verbindlichkeiten nicht nur gut zurecht, sie richten auch hier Handeln danach aus.⁶⁸⁸ Tatsächlich bedeutet dieser Regelungsstand für die Staatsanwaltschaften eine Verbesserung: In der politisch aufgeladenen, instabilen Zeitspanne von 1846 bis 1849 haderten die preußischen Staatsanwälte damit, dass „es an Bestimmungen über die Organisation, das Ressort und die Geschäftsverwaltung der Staatsanwaltschaft [gänzlich] fehlte“⁶⁸⁹. Diese Leere verwandelte sich vor den Augen der Staatsanwälte ab 1849 in eine Regelungsfülle und nun schrieb man die Handbücher, weil man dem Problem fehlender Übersicht über schiere Masse abhelfen wollte.⁶⁹⁰

683 s. dazu Wohlers (1994), 183. §§ 150, 151 GVG belaufen sich auf eine Negativdefinition der Organisation der Staatsanwaltschaft gegenüber den Gerichten, die symbolisch für den juristischen Diskurs ist.

684 RiStBV (1977/1997), Allgemeiner Teil, I. Abschnitt: Vorverfahren, 1. Allgemeines, Nr. 1: „Das vorbereitende Verfahren liegt in den Händen des Staatsanwalts. Er ist Organ der Rechtspflege“.

685 Aufzählung bei Leonhardt (1994), 2.

686 Klaus Lüderssen zitiert bei Leonhardt (1994), 2; Fn. 11.

687 Winfried Hassemer zitiert bei Leonhardt (1994), 4; Fn. 22.

688 Leonhardt (1994) schließt sich der These an, die RiStBV seien „Ausfluß möglicherweise rein praktischer Erfahrungen und Entwicklungen“, 4; sie würden die „Ausformung des Ermessens durch übergeordnete Stellen manifestieren“ und damit eigentlich das Gegenteil einer „babylonischen Begriffsverwirrung“ produzieren, 2 f.

Damit ist aber bestätigt, dass sich die institutionelle Entwicklung der Staatsanwaltschaft, ihre Kompetenzen und ihr Aufbau – ähnlich wie später etwa im Arbeitsrecht und Sozialrecht – aus der Praxis heraus regelten und keine primären Projekte der Rechtswissenschaft oder der Kodifikationsbewegung waren. In einer Rechtswelt, die gerade im 19. Jahrhundert von dem grundlegenden Bedürfnis geprägt war, die mit dem Rechtspositivismus sich artikulierende Kontingenz durch eine alles erfassende Begriffs- und Definitionsarbeit zu bewältigen, stand die Staatsanwaltschaft seltsam definitionslos da. Eine zusätzliche Verschärfung lag darin, dass sie als Verfahrensbehörde praktisch wirksam war, aber als „bewusst unfertiges Organ“⁶⁹¹ agieren musste. Daran hat sich bis heute kaum etwas geändert. Einschlägige Quellensammlungen werden als kompiliertes „Staatsanwaltsrecht“⁶⁹² betitelt, dies freilich in rechtshistorischer und nicht in praxisorientierter juristischer Absicht. Unter den Kategorien und Begriffen, die den deutschen Juristen seit dem 19. Jahrhundert zur Verfügung stehen, findet sich für die Staatsanwaltschaft aber kein eindeutiges Vokabular. So existiert, transzendent anmutend, durch die politischen Systeme hindurch seit 1846, keine Definition der Staatsanwaltschaft in Gesetzen und Gesetzesmotiven.⁶⁹³

Diese Definitionslosigkeit bezieht sich auf einen bestimmten Ausschnitt – auf die Unterscheidung von Exekutive und Judikative, die freilich als Teil der Phalanx von Gewaltenteilung und Rechtsstaat existentielle Bedeutung für rechtspolitische Forderungen und juristisches Selbstverständnis besitzt. Aus dieser Perspektive nach der Staatsanwaltschaft gefragt, lässt sie sich für Juristen recht unbefriedigend nur als

689 Paschke (1854), Vorwort, III. Paschke war Ober-Staatsanwalt beim Königlichen Appellations-Gericht zu Frankfurt an der Oder. Seine „übersichtliche Zusammenstellung“ zum „Reglement vom 13. November 1849“ wurde erstmals 1854 veröffentlicht und ist mit insgesamt 95 Seiten in Kleinformat kurz ausgefallen, scheint aber das erste Handbuch dieser Art für die (preußischen) Staatsanwälte gewesen zu sein. Zuvor hatte Paschke eine Kompilation „von den jetzt anzuwendenden Strafgesetzen“ (1849, Vorrede III) veröffentlicht: „Das Preußische Strafrecht nebst den dazu erschienen noch gültigen Gesetzen und Verordnungen. Ein Handbuch für Richter, Staats- und Rechts-Anwälte“, Frankfurt an der Oder 1849.

690 Paschke (1854), Vorwort, III: „Durch das Reglement vom 13. November 1849 ist damals einem sehr dringenden Bedürfnis abgeholfen worden [...]. Seitdem sind jedoch so viele ergänzende Bestimmungen gegeben worden, daß eine übersichtliche Zusammenstellung als ein Bedürfnis anerkannt worden.“

691 Rüping (1992), 150.

692 Schubert, Werner (Hg.): Staatsanwaltschaftsrecht (1934-1982). Quellen zu den Reformprojekten (Organisation – Innerer Dienstbetrieb – Ermittlungsverfahren – Verhältnis der Staatsanwaltschaft zur Polizei) und zur Anordnung über Organisation und Dienstbetrieb der Staatsanwaltschaft (OrgStA), Frankfurt am Main 2013.

693 Das bemerkte man schon 1925, nach Erlass der Lex Emminger: Auch damit sei keine „Begriffsbestimmung der Staatsanwaltschaft oder [...] Festsetzung des Zieles ihrer Tätigkeit“ festgelegt worden; Falck (1925), 34.

„neues öffentliches Organ“⁶⁹⁴ mit Platz „im Niemandsland zwischen Exekutive und Judikative“⁶⁹⁵ verorten. Für die Zwischenräume an den Außengrenzen ihres Rechtssystems fanden die Juristen keine Worte, und die Politik hütete sich vor einer unnötigen Stellungnahme, wenn die staatsanwaltschaftliche Verfahrensbehörde im Alltag doch auch ohne Definition funktionierte. Statt eine Finaldefinition der Staatsanwaltschaft im Gerichtsverfassungsgesetz zu geben, habe sich der Gesetzgeber dort schlicht mit „der Anordnung ihres Vorhandenseins begnügt“.⁶⁹⁶ Das ist, als Konfliktvermeidungsstrategie betrachtet, eine gute Option.

Ohne Definition sich selbst überlassen, mussten die Staatsanwälte ihre Handbücher selbst schreiben. Sie konstruierten darüber ihren Beruf und reichten ihren Kollegen „einen Sammelpunkt“⁶⁹⁷, ein „Orientierungsmittel“⁶⁹⁸ dar. Die Nachfrage bestand. Das Mark'sche Handbuch konnte in der Publikationswelt einen soliden Lauf, wenn nicht sogar eine kleine Erfolgsgeschichte aufweisen.⁶⁹⁹ Dies galt allerdings nicht für das Handbuch von Staatsanwalt König. Auch König hatte sein Handbuch gewissermaßen als Dienstleistung konzipiert,⁷⁰⁰ die eine von Informationen und Anweisungen überquellende, aus „v. Kamp'sche[n] Jahrbüchern, Ministerialblättern, Generalacten, Kabinetsordres, Reglements und Rescripten“⁷⁰¹ bestehende Rechtswelt der Staatsanwaltschaft ordnen sollte. Der Unterschied zum Handbuch von Marck bestand darin, dass König quantitativ wenig⁷⁰², aber über alles schrieb. Die Bearbeitung von Justizbauangelegenheiten behandelte er ebenso wie den Versetzungsantrag, die Benutzung der Post oder den Urlaub; auf die Benutzungsanweisung für den Telegraphen folgte die Strafvollstreckung. Nur knapp

694 Rüping (1992), 153.

695 Rüping (1992), 151.

696 Falck (1925), 34.

697 Literaturanzeige zu Marck (1884), in: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jg. 9/1885, 154.

698 Literaturanzeige zu König (1882), in: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jg. 31/1887, 143.

699 Marck revidierte, korrigierte und ergänzte die erste Auflage seines Handbuches gleich „vom ersten Tage nach ihrem Erscheinen ab“. Für die zweite und dritte Auflage bekam er, inzwischen aus dem Staatsdienst als Staatsanwalt verabschiedet, Unterstützung aus Hamm in Westfalen vom dortigen OLG, zunächst durch Oberlandesgerichtsrat Alfred Kloß und später zusätzlich durch den Ersten Staatsanwalt Dr. Schwedersky. Wie die Autorenanzahl schwoll auch die Seitenanzahl an: Die erste Auflage (1884) zählte 631 Seiten, die zweite (1903) 695 Seiten, die dritte (1913) 806 Seiten.

700 Er berief sich dabei auf den Vorgänger seines Werkes, auf das Büchlein von Paschke.

701 König (1882), Vorrede V.

702 Ohne Register und Formularanhang 183 Seiten in Kleinbroschürenformat.

waren seine Ausführungen zum „Beruf der Staatsanwaltschaft“, dem er aber doch einen eigenen Platz innerhalb des weit ausfransenden Geschäftskreises zugeteilt hatte und der unmittelbar evident gewesen sein muss: In Betracht für den „Beruf“ kam nämlich nur die Strafverfolgung.⁷⁰³ Daraus zog König aber keine weiteren Folgerungen, sondern er beschränkte die Berufsdarstellung auf knappe Sätze – wenn das Skrutinialverfahren⁷⁰⁴ nicht zur Klageerhebung führe, „so verfügt die Staatsanwaltschaft die Einstellung“.⁷⁰⁵ König wandte sich noch vier Sachverhalten⁷⁰⁶ von besonderem staatlichen Interesse sowie den Verfahrensvorschriften für die Einbeziehung von Sachverständigen zu. Dann verließ er den „Beruf der Staatsanwaltschaft“ und ging zu einer detaillierten, aber profan anmutenden Auflistung von Auslieferungsverträgen mit anderen Staaten über.

Marck hingegen zog aus dem alleinigen berufsmäßigen Zweck der Staatsanwaltschaft Konsequenzen und war damit wesentlich erfolgreicher: Er konzentrierte sein Handbuch auf die Strafverfolgung, die er chronologisch in den einzelnen Verfahrensabschnitten erläuterte. Damit spiegelte er zugleich den Arbeitsalltag seiner Behörde wider und deswegen hatten in seinem Handbuch auch Verwaltungstechniken ihren Platz. Als hierarchische Kommunikationsrichtlinien erläuterte Marck den „Styl“, den ein Staatsanwalt bei der förmlichen Behandlung des Geschäftsanfalls zu pflegen hatte. Dabei knüpfte er an Formulierungstechniken an, die von den Gerichten im 18. Jahrhundert im Verkehr untereinander und mit den Ministerien gebraucht worden waren⁷⁰⁷ und sich in der preußischen Bürokratie zu einem ganzen Arsenal an Verwaltungstechniken auswuchsen. Während man in der Staatsanwaltschaft heute für den internen Umlauf und für die Kommunikation mit anderen Behörden, vor allem mit dem Gericht, die Verfügungstechnik beherrschen muss, musste der preußische Staatsanwalt Ende des 19. Jahrhunderts mit dem „Rescripten-Styl“, dem „Bericht-Styl“ und dem „Requisitionen-Styl“ vertraut sein. Im

703 König (1882), 33: Die Staatsanwaltschaft habe zum alleinigen berufsmäßigen „Zweck, die Urheber strafbarer Handlungen zu verfolgen“. Dem komme sie dadurch nach, „daß sie [...] die öffentliche Klage erhebt.“

704 Von 'scrutinare', lat.: prüfen, eingehend untersuchen. Das Skrutinialverfahren war ein zeitgenössischer Fachausdruck für das Untersuchungsverfahren (Ermittlungsverfahren), das unter Leitung eines Staatsanwaltes, und nicht unter Leitung eines (Vor)Untersuchungsrichters geführt wurde.

705 König (1882), 33. Er widmete der Berufsdarstellung genau sieben Sätze.

706 Todesermittlungen, Brandermittlungen, Eisenbahnunfälle, Münzverbrechen.

707 Justus Claproth: „Grundsätze I. Von Verfertigung und Abnahme der Rechnungen; II. Von Rescripten und Berichten; III. Von Memorialien und Resolutionen; IV. Von Einrichtung und Erhaltung derer Gerichts- und anderer Registraturen“, Zweyte und vermehrte Auflage, Göttingen 1769; dort 57 ff.: „Von Rescripten“.

Rescripten-Styl kommunizierte man mit Untergebenen und Verurteilten,⁷⁰⁸ also in abschüssiger Hierarchie: Der Rescripten-Styl „geht von oben nach unten“, durch die „Ausdrücke: anweisen, auffordern, beauftragen, veranlassen, ohne Höflichkeitsfloskel.“⁷⁰⁹ Die formalisierte Kommunikation in andere Richtung, „von unten nach oben“ hatte im Bericht-Styl stattzufinden. Oben saß als erster allmächtig „der König“; oben saß auch der persönliche Behördenkönig eines jeden Staatsanwaltes, „sein Oberstaatsanwalt“. Oben umfasste aber auch den Justizminister, generell „alle Staats- und Reichscentralbehörden“, „alle Minister, das auswärtige Amt, die Oberrechnungskammer usw.“. Das Reich „oben“ war groß und der Staatsanwalt musste dorthin „berichten, anzeigen, melden, bitten, sich beehren, gehorsamst, hochgeneigtest, allerunterthänigst, allergnädigst“.

Aufatmen durfte der Staatsanwalt nur unter „Gleichgestellten“ und diese fand er bei Seinesgleichen: Als Jurist bei den Gerichten und der Gerichtsschreiberei; als Exekutivbeamter bei den „staatlichen oder provinziellen Verwaltungsbehörden“; und nicht zuletzt als Bürger bei den „Privatpersonen“. In diesen professionellen und sozialen Kontexten zielte die Kommunikation auf Austausch und der hier zu gebrauchende Requisitionen-Styl kam ohne Tritt und ohne Buckel aus. Der Staatsanwalt konnte „mittheilen, ersuchen, benachrichtigen“, er durfte „anfragen“ und sogar „erwidern“. Mit den Gerichten kommunizierte er über Antrag oder gar über „Erklärung“. Die professionelle Kollegialität signalisierte er „ergebenst“, während er sich gegenüber Privatpersonen noch ungebundener geben durfte⁷¹⁰. Die Gleichstellung, die mit Wertschätzung der Identität einhergeht – also die Anerkennung der Profession, von Ausbildung und Qualifikation – hat wohl 1884 das justizinterne Arbeitsumfeld gewährleistet. In diesem Kontext konnte der Staatsanwalt seine Arbeit als selbstständig und nicht als fremdbestimmt wahrnehmen – „als deutscher Jurist“⁷¹¹ war der Staatsanwalt in der Strafrechtspflege am glücklichsten.

3. Das Joch der Strafgesetzparagraphen

In der Strafrechtspflege verorteten ihn auch die Juristen. Franz von Holtzendorff, mit rechtstaatlich-liberalen Intentionen schreibender Professor der

708 „Bureau-, Unter- und Hülfbeamten“ und „Private nur in der Strafvollstreckungsinstanz“.

709 Alle folgenden Zitate aus Marck (1884), 8 f., bis wieder anders benannt.

710 Marck (1884), 9: „bei Privatpersonen [...] fällt aber das 'ergebenst' meistens weg“.

711 Nochmals Molitor (1843), 8.

Rechtswissenschaften⁷¹², veröffentlichte 1864 und 1865 gleich zwei Schriften zur Reform der Staatsanwaltschaft.⁷¹³ Seine Agenda war durch den „Standpunkt unabhängiger Strafjustiz“ bestimmt. Er argumentierte allerdings mit recht präzisen Beobachtungen der juristischen Berufe⁷¹⁴, unter die nun auch der Staatsanwalt fiel.

In seinen Texten kam Holtzendorff immer wieder auf die Eigenschaften des juristischen Experten zurück, die ihn von Laien und Bürgern trennten. Spezifisch dem Beruf des Staatsanwalts lastete Holtzendorff an, dass er eine „Differenz“ selbst erschuf: „In Wirklichkeit erzeugt nur aber der ständige Beruf der Anklage [...] eine Rechtsauffassung und einen Maßstab der Strafbarkeit, welche [...] Laien geradezu unverständlich bleiben.“⁷¹⁵ Dieser Befund traf freilich auf sämtliche juristische Professionen zu. Unter den Stichworten Habitus, Wissen und Kodex lassen sich familiäre Herkunft, juristische Ausbildung und professionelle Tugenden zu einem Bündel zusammenfassen, das den Unterschied von Juristen- und Laiensphäre als *déformation professionnelle* erzeugt und aufrecht erhält.⁷¹⁶

Von der so in sich stabilisierten „Ständigkeit der Behörde“ erhoffte sich Holtzendorff zunächst „Gleichmäßigkeit, die größere Objektivität [...] ohne Rücksicht auf die Interessen eines einzelnen Falles, Sicherheit und Schnelligkeit“.⁷¹⁷ Zu deren Gelingen trage „ein praktisch geübter Blick und außerdem eine genaue Kenntnis der [...] Verhältnisse“ bei.⁷¹⁸ Der Staatsanwalt zeichne sich dadurch aus, dass er „mit geübtem Blick, langer Erfahrung und richtigem Takt die offenbar werthlosen Anzeigen sofort“ erkenne und „aus der Fluth von Schriftstücken das Brauchbare schnell“ aussondere.⁷¹⁹

712 Als „Vertreter des humanitären Idealismus nationaler und liberaler Färbung“ und „Vorläufer der sozialen und strafrechtspolitischen Richtung“ wollten ihn Stintzing/Landsberg (1910/1978), 715 ff., gewürdigt wissen.

713 Die Schriften waren „maßgebend bestimmt von dem politisch liberalisierenden Gedanken, daß die Staatsanwaltschaft richterlicher Unabhängigkeit und Unabsetzbarkeit theilhaft zu machen sei“; Stintzing/Landsberg (1910/1978), 717. Holtzendorff (1865), 15: „Worauf kommt es denn aber [bei der Gerichtsverfassung] an? Darauf, daß den Einwirkungen der politischen Macht, den Regierungsinteressen wie den Massenagitationen, der persönlichen Autorität des Staatsoberhauptes ebenso sehr wie den Leidenschaften der Parteien jede Gelegenheit und jedes Mittel im Voraus entzogen werde, durch welches die rein sachliche Geltung des positiven Rechtes gefährdet werden könnte.“

714 Seine Perspektive gründet merklich auf Beobachtungen der Gerichtspraxis und des juristischen Berufsstandes. Sie ist, wenn auch noch nicht soziologisch, zumindest sozial fundiert.

715 Holtzendorff (1864), 33.

716 Habermas (2008), 138 ff.; 144; 146: „Reduktion, Objektivierbarkeit und Sachlichkeit“; „bürgerliche [...] Fertigkeiten“, „Sparsamkeit“, „Selbstdisziplinierung“, „Fleiß“; s.a. Sobota, Katharina: *Sachlichkeit. Rhetorische Kunst der Juristen*, Frankfurt am Main 1990, passim.

717 Holtzendorff (1865), 14.

718 Holtzendorff (1865), 14.

719 Holtzendorff (1864), 31.

Damit verwies Holtzendorff auf den Staatsanwalt als professionellen Experten, der anstelle des Zufalls effektiv und kontrolliert am Eingang der Strafrechtspflege wirkte. Er konstruierte den Staatsanwalt als Verwaltungsbeamten und wirkte damit an den Zuschreibungen mit, über die im 19. Jahrhundert die „totale Wesensverschiedenheit von justitieller und administrativer Tätigkeit“⁷²⁰ im Kampf um die Kompetenz- und Machtbereiche von Gerichten und Exekutive konstruiert wurde. Bei Holtzendorff stand der Staatsanwalt auch unter höherem Erfolgs- und Arbeitsdruck als der Richter. Dieser Druck resultierte aus der Beamtenhierarchie, da für den Staatsanwalt „ein Vergleich seiner Thätigkeit mit der höheren Produktionskraft eines Kollegen“ möglich sei. Zum anderen war auch das Arbeitsmaterial dafür verantwortlich – bei der Bewältigung der Aktenberge zählten „Produktionskraft“, „Energie“ und „Schnelligkeit der [...] Aktion“.⁷²¹

Holtzendorff vertraute zugleich darauf, dass ein institutionalisierter Personalstamm eine Beständigkeit im wahrsten Sinne erzielte. Ohne personale Rücksichten und Abhängigkeiten arbeitend, war dies das Bild einer Staatsanwaltschaft als „Verwaltungsapparat“⁷²², der unbeeindruckt von politischen Tagesständen und personalen Kontakten das Strafrecht pflegte.

Die „Differenz“, die Holtzendorff für die Ständigkeit der Behörde mitverantwortlich machte, war für ihn auch mit Blick auf die Justiz in ihrer internen Organisation entscheidend. Sie erzeugte zwischen Staatsanwaltschaft und Gerichten institutionelles Vertrauen: Der „Einfluß der staatsanwaltschaftlichen Rechtsausführungen auf die Jurisdiktion der Richter“ sei zumindest in den unteren Instanzen „sehr erklärlich. Richter gewöhnen sich leicht und gern daran, auf die Staatsanwaltschaft bis zu einer gewissen Grenze sich zu verlassen. Sie können dies, weil der Staatsanwalt [...] sachverständiger Spezialist ist.“⁷²³

Der Staatsanwalt als sachverständiger Spezialist? Das bezog Holtzendorff konkret auf den Umstand, dass an der unteren Gerichtsbarkeit die Richter sowohl für Zivil- als auch Kriminalsachen zuständig waren.⁷²⁴ Die staatsanwaltschaftliche Praxis hingegen war 1864/65 anscheinend bereits so intensiv auf das Strafrecht eingestellt, dass der Staatsanwalt den Richtern ein entsprechendes Expertenwissen voraus

⁷²⁰ Ogorek (1989/2008), 303.

⁷²¹ Holtzendorff (1864), 45.

⁷²² Nochmals Collin (2000), 243 ff.

⁷²³ Holtzendorff (1864), 37 f.

⁷²⁴ s.a. Holtzendorff (1865), 37 f.: Er meinte die „[...] wissenschaftliche Ueberlegenheit des Staatsanwaltes, dessen Amtsgeschäfte ihn auf das Criminalrecht alle in hinweisen“.

hatte.⁷²⁵ Wenn der Richter sich auf diesen Experten verließ, dann tat er dies auch deshalb, weil sowohl Staatsanwaltschaft als auch Gericht als „ständige Behörde“ organisiert waren. Die institutionelle Organisation, die nur noch bedingt von lokalen Kontakten bestimmt wurde, produzierte das Vertrauen, dass man als behördlicher Rechtsarbeiter tendenziell kein „persönliches, außeramtliches Interesse“⁷²⁶ am jeweils zur Entscheidung stehenden Fall hegen würde.

Die Staatsanwaltschaft als professionelle, spezialisierte Behörde hatte für Holtzendorff aber auch Schattenseiten. Er machte explizit ihre „Ständigkeit“⁷²⁷ für ein zunehmendes, immer weitere Lebensumstände umfassendes Strafrecht verantwortlich: Sie ermögliche, dass „mehr und mehr [...] Thatsachen und Ereignisse unter das Joch der Strafgesetziparagraphen“ gezogen werden, dass „die Herrschaft des Gesetzes immer weiter“ ausgedehnt werde und man „bei jeder Handlung, welche [...] als völlig erlaubt erschien, Stellen“ aufsuche, „an denen eine Anklage eingehakt werden kann.“⁷²⁸

Als Jurist klagte Holtzendorff damit zunächst über die Positivität, die auch das Strafrecht und seine Rechtsarbeiter erfasst hatte. Denn 1851 war das preußische Strafgesetzbuch erlassen worden. Und 1864 veröffentlichte Herr Ober-Staatsanwalt am Königlichen Obertribunal Oppenhoff bereits in vierter Ausgabe seinen Fachkommentar⁷²⁹ mit dem Titel „Das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten und das Gesetz über die Einführung desselben, erläutert aus den Materialien, der Rechtslehre und den Entscheidungen des Königlichen Ober-Tribunals“. Darin nahm das jeweilige Paragraphenzitat aus dem Gesetzestext höchstens eine Viertelseite ein, während dann jeweils Seiten über Seiten fußnotenartiger Anmerkungen des staatsanwaltlichen Experten folgten: „Keine Strafgesetzgebung [...] vermöchte es vorauszusehen, welche Anwendungen eine ständige Anklagebehörde ihr zu geben vermag.“⁷³⁰ Das war von Holtzendorff als rechtspolitischer Seitenhieb auf die alles umfassende Verfolgungssucht der Ankläger gedacht. Er beschrieb damit aber auch

725 Dieses spezialisierte Expertenwissen hat der Richter durch die bis zum BGH verstärkte Institutionalisierung der Strafgerichtsbarkeit, wie sie auch im GVG festgelegt ist, inzwischen längst aufgeholt.

726 Holtzendorff (1864), 38.

727 Holtzendorff (1864), 32.

728 Holtzendorff (1864), 32 f.

729 Allgemeine Überlegungen dazu: Kästle, David / Jansen, Nils: Kommentare in Recht und Religion, Tübingen 2014.

730 Holtzendorff (1864), 33.

die Rechtsproduktion, die vom Gesetzestext lebte – und ständig über ihn hinausschoss.

Diese „Anwendungen“ kommentierten die Staatsanwälte als Juristen; als Lieferanten der Strafgerichte und strafrechtliche Spezialisten nahmen sie im Strafverfahren an den „Anwendungen“ teil. Holtzendorff machte gerade auch den „strafwissenschaftlichen Eifer“ der Staatsanwälte – als Teilhaber der „gelehrten Jurisprudenz“ – dafür verantwortlich, dass sie aus „unbrauchbarsten Rohstoffen [...]“ vermittelst der Maschinerie des Strafgesetzbuchparagraphen zierlich gearbeitete Verbrechen“ hervorbrachten.⁷³¹ In der ständigen Behörde versammelten sich diese Experten und testeten mit ihren Anklagen „die bloße Möglichkeit“⁷³² aus.

Insgesamt beklagte also schon Holtzendorff eine „dominante Tendenz zur Ausweitung und Verschärfung“⁷³³ des Strafrechts. Die Gründe dafür suchte er in der institutionalisierten, professionellen Anklagebehörde. In dieser Kausalität soll ihm hier nicht gefolgt werden. Wohl aber bleibt festzuhalten, dass Holtzendorff die „Ständigkeit der Behörde“ just in dem Moment beobachten konnte, als er auch die Positivität des Strafrechts sah und dessen gesellschaftliche Totalität beklagte. Damit bleibt auch festzuhalten, dass Juristen bereits Mitte des 19. Jahrhunderts über eine „Abkehr von dem Prinzip des rudimentären und fragmentarischen Strafrechts“⁷³⁴ nachdachten. Es kommt der Verdacht auf, dass dieses 'verlorengegangene' Prinzip zumindest unter den modernen Bedingungen der „Herrschaft des Gesetzes“ noch nie verwirklicht gewesen ist.

Unter der Herrschaft des Gesetzes ermöglichte die Staatsanwaltschaft gerade als Verwaltungsapparat und Verfahrensinstitution eine flexible, aber professionelle Organisation des Strafrechts. Einmal in der Welt, konnte die Staatsanwaltschaft als ständige Behörde für ihren Unterhalt sorgen: Als Spezialisten des Strafrechts konstruierten die Staatsanwälte nicht nur ihre Profession über Gebote und Handbücher; sie suchten auch ihr spezifisches Arbeitsmaterial selbst zusammen⁷³⁵.

731 Holtzendorff (1864), 32.

732 Holtzendorff (1864), 32.

733 Hamm (2007), 529.

734 Hamm (2007), 529.

735 s.u. F. I. 4., zur praktischen Konzentration auf strafrechtlich relevanten Sachverhalt bei der gesetzlich vorgesehenen Arbeit in Ehesachen.

V. Träger der harten Rolle?

Der Staatsanwalt im Strafverfahren ist nicht notwendigerweise mit der 'Verwirklichung' des einen oder anderen Strafprozessprinzips verknüpft. Die Strafreformer selbst hatten darauf im 19. Jahrhundert bereits hingewiesen. Wohl aber scheint die Konzentrierung des Strafverfahrens auf eine öffentliche und mündliche Hauptverhandlung den Ausschlag dafür zu geben, dass der Staatsanwalt „den öffentlichen Ankläger zu machen“⁷³⁶ hat. Wenn das Urteil im Rechtspositivismus als neutraler, werte-loser Akt⁷³⁷ ausgegeben wurde, so war der Gegenpart dieses Urteils die Anklage im Strafverfahren als explizite Beschuldigung, die vom Staatsanwalt vorgebracht und vertreten werden musste.

Gibt es für diese Verfahrenssituation des Staatsanwaltes in der Hauptverhandlung eine differenzierte Beschreibung?

Was sagen Gesetze und Juristen? Die Ausgestaltung in der StPO läuft zunächst auf eine funktionale Vertreterrolle der Anklage in der Hauptverhandlung hinaus. Der Staatsanwalt als gesetzlich festgelegter Ankläger in der Hauptverhandlung – das kann von den Reichsjustizgesetzen der 1870er Jahre an als inzwischen „traditierte Rollenbeschreibung“ gesehen werden.⁷³⁸ Damit wäre auch das in der Studienliteratur geführte Schlagwort der Anklagebehörde eingebracht und bestätigt. Mit Blick auf die Rechtserheblichkeit („de jure“) schränken Juristen diese tradierte Beschreibung allerdings sogleich wieder ein: Der Staatsanwalt als Ankläger in der Hauptverhandlung sei „nicht mehr als eine façon de parler“. Denn wenn er die Anklage verlesen habe, sei die Strafverfolgungs- und Anklagefunktion der Staatsanwaltschaft als Prozesshandlung abschließend vollzogen.⁷³⁹ Nehme man den Strafprozess als rechtlich fixiertes Verfahren ernst – so lässt sich dieser Tenor verstehen –, ist der Auftritt des Staatsanwalts in der Hauptverhandlung auf einen (im rechtsuntechnischen Sinne) einleitenden, wiederholenden Part beschränkt. Weder liege der Schwerpunkt des Staatsanwalts in der Hauptverhandlung, noch liege der Schwerpunkt der Hauptverhandlung im Staatsanwalt.

Was sagt die Beobachtung der Praxis? Die „Rolle“ des Staatsanwalts während der Hauptverhandlung wurde zwischen 1977 und 1983, also nachdem sich die Rechtssoziologie an den deutschen juristischen Fakultäten akademisch etabliert

⁷³⁶ Lotz (1849), 1.

⁷³⁷ s. Lahusen (2011), 53 ff.

⁷³⁸ Haas (2008), 13.

⁷³⁹ Alle vorausgegangenen Zitate inklusive: Haas (2008), 15.

hatte, aus „verfahrenssoziologischer“ Perspektive kommentiert: Um die soziale Akzeptanz des strafrichterlichen Urteils zu erhöhen, sei der Staatsanwalt „Träger der harten Rolle“ geworden. Der erkennende Richter könne so „Milde“ walten lassen und dadurch sein Urteil in der Hauptverhandlung akzeptabler machen.⁷⁴⁰ Das äußere sich etwa darin, dass der Staatsanwalt als „Kontrahent des Angeklagten“ „regelmäßig“ ein Strafmaß beantrage, das über das später verhängte hinausgehe. Er suche „eher symbolisch“ das vom Gericht erwartete Strafmaß zu antizipieren und gebe darauf einen Zuschlag.⁷⁴¹ Diese Rollenverteilung „dürfte es dem Angeklagten eher ermöglichen, das [...] Urteil zu akzeptieren, da sie den Richter in die Lage versetzt, Güte zu zeigen“.⁷⁴² Dieser Beobachtung würde die Annahme von Jagemann gleichkommen, der Staatsanwalt befinde sich als Ankläger in der Hauptverhandlung in einer „schwierigen Lage“. Tendenziell spricht auch die Kritikübertragung im juristischen Diskurs für den Staatsanwalt als „Träger der harten Rolle“.⁷⁴³

Eine weitere Perspektive bietet außerdem noch die Sozialwissenschaft an, die sich des Praxisalltags angenommen hat. In den 1990er Jahren stellte man fest, dass die Rolle des Staatsanwaltes in der Hauptverhandlung „im allgemeinen blaß, wenig geschehens-bestimmend“⁷⁴⁴ und „dynamisch randständig“⁷⁴⁵ sei. In gruppendynamische Kategorien unterteilt, ließe sie sich am ehesten noch mit der Rolle des Sachverständigen vergleichen.⁷⁴⁶ Mit der Anklage werde zwar der

740 Wohlers (1994), 38 f., mit einer grotesk anmutenden Kritik an der soziologischen Perspektive, 39: Die Beobachtung, dass der Staatsanwalt „Träger der harten Rolle“ ist, sei „möglicherweise unter verfahrensoziologischen Gesichtspunkten plausibel“, könne allerdings „aus normativer Sicht [...] nicht überzeugen.“ Denn das Verfahrensrecht gebe „keinen Anhaltspunkt dafür, daß der Staatsanwaltschaft [...] die Rolle des Härteren zukommen soll“. Wenn man damit rechtssoziologischen Beobachtungen vorwirft, sie würden normativ falsch sein, weil sie nicht mit den gesetzlichen Vorschriften überein stimmten, begibt man sich in juristischen Subsumtions-Wahnsinn – genauso könnte man der StPO vorwerfen, sie sei falsch, weil die Praxis nicht nach ihr verfahren würde. Die Feststellung, dass Norm und Praxis oft deckungsungleich sind, halten viele Juristen offenbar nur schlecht aus.

741 Marx (1978), 368 f.; Fn. 25.

742 Blankenburg/Sessar/Steffen (1978), 257.

743 s. a. Holtzendorff (1865), 56, zum populären Diskurs: „Der öffentlichen Meinung erscheint die Staatsanwaltschaft wesentlich als eine Anklagepartei [...], auch die Stellung der Staatsanwaltschaft zum Richteramt trägt zur Bildung jener Ansicht das ihrige bei.“ Zuletzt bewiesen durch 'Der Spiegel', Nr. 9 / 24. Februar 2014, Titel der Ausgabe: „Die Scharfmacher. Eine Klage gegen Deutschlands Staatsanwälte“; Leitartikel im Inhaltsverzeichnis: „Ankläger unter Anklage – Plädoyer für eine Reform der deutschen Staatsanwaltschaft“; Titel und Untertitel des Leitartikels: „Die Übergriffigen. Sie sind der Objektivität verpflichtet – und den Einflüsterungen der Politik ausgeliefert: Staatsanwälte haben die Macht, Existenzen zu vernichten. Rechtsgelehrte fordern deshalb mehr Souveränität für die Strafverfolger, aber auch bessere Kontrolle“.

744 Schumacher (1995), 443.

745 Schumacher (1995), 446.

746 Schumacher (1995), 446.

„'Brocken' in die Arena geworfen“, die Konfliktaustragung und -lösung finde nach dem Verlesen der Anklage aber vor allem zwischen dem Gericht und der Verteidigung statt.⁷⁴⁷ Der Staatsanwalt besetze dabei in den alltäglichen Konstellationen die „Rolle des Zuschauers“, die „dynamisch vergleichsweise gering“ ausfalle.⁷⁴⁸ Gründe für dieses geringe persönliche Engagement vermutet man in der Behördenstruktur der Staatsanwaltschaft: Der prozessbeteiligte Staatsanwalt trete lediglich als austauschbarer Vertreter seiner Behörde auf. Als Sitzungsvertreter könne er sich oft nicht weiter an der Verhandlung beteiligen, weil er nicht der Sachbearbeiter im Ermittlungs- und Zwischenverfahren gewesen sei und so im konkreten Fall nur geringe Kenntnisse der Aktenlage besitze.⁷⁴⁹ Im Übrigen stärke die Staatsanwaltschaft die Stellung des Gerichts während der Hauptverhandlung durch grundsätzlich kooperatives – und schwäche sie nicht durch konfrontatives – Verhalten.⁷⁵⁰ Überhaupt liege die „Hauptarbeit“ der Staatsanwaltschaft „in der Phase vor dem Beginn der Hauptverhandlung“.⁷⁵¹

An der Frage nach der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung scheinen gesetzliche Vorgaben, soziologische Beobachtungen und normative Wünsche von Juristen eher wirr miteinander zu kollidieren. Letztere erwarten eine an den Gesetzesvorschriften orientierte, kohärente Entität und zeigen sich irritiert bis entrüstet, wenn sie sich darin nicht bestätigt finden können. Was dann aber mit Blick auf die Rechtsdogmatik als reine „façon de parler“ tendenziell abgewertet wird, entfaltet in juristischer Semantik, im juristischen Wissen und im dadurch konstituierten Selbstbild doch Wirkung. Zumindest dominiert das Schlagwort der Staatsanwaltschaft als Anklagebehörde bisher jedenfalls in der juristischen Ausbildung. Es hat bisher jedenfalls transportiert, dass der Strafprozess erfolgreich als Anklageverfahren reformiert und die strafrechtliche Entscheidung auf die öffentliche und mündliche Hauptverhandlung konzentriert worden sei.⁷⁵² Das Schlagwort von der Staatsanwaltschaft als Anklagebehörde kann nicht nur zur

747 Schumacher (1995), 443 f.

748 Schumacher (1995), 444. Dieser Beobachtung unbenommen gegenüber stehen die normativen Handlungsanweisungen in Nr. 127, 128, 136 und 138 RiStBV.

749 Schumacher (1995), 444.

750 Ähnlich Blankenburg/Sessar/Steffen (1978), 257: Es könnten sich „Konflikte zwischen Staatsanwalt und Richter ergeben – wenn und solange nicht das Rollenspiel und die Rollenverteilung zwischen beiden Instanzen gebilligte Übung“ sei.

751 Schumacher (1995), 444 – was den Vorgaben der StPO entspricht, denn danach geht mit Anklageerhebung die Verfahrensherrschaft von der Staatsanwaltschaft auf das Gericht über.

752 Dazu kritisch Koch (2008), passim; (2009), 548.

Rechtsdogmatik in vielfachem, begründetem Widerspruch stehen – es erzeugt aber auch eine Realität.

E. Vom Gesetzeswächter zum Urteilswächter

Das Strafrecht ist die Spezialität des Staatsanwaltes, das Strafverfahren die Wirk- und Heimstätte seiner Profession.

Organisatorisch ist er unter dem Dach der Gerichte, bei den Gerichten untergebracht worden. Hier tauchte er auf, weil man die Strafrichter in ihre Unabhängigkeit entließ, was zugleich die Abschlussphase eines Professionalisierungsschubs von Justiz und Richtern darstellte. Das Richteramt hatte sich seit dem Mittelalter als „*officium iudicis*“⁷⁵³ zu einer singular ausgebildeten Doktrin im gelehrten Prozessrecht entwickelt.⁷⁵⁴ Durch „Institutionalisierung und Bürokratisierung“⁷⁵⁵ sei das behördliche Amt dann in der „Rechtspflege“ progressiv zur Person des Richters hinzugetreten.⁷⁵⁶ Nicht nur wurde im 19. Jahrhundert dann zum Konsens, dass das Richteramt von der Politik unabhängig gestaltet sein sollte.⁷⁵⁷ Auch wurden die juristische Ausbildung und der juristische Berufszugang weiter akademisiert und staatlich reguliert.⁷⁵⁸ Als der Staatsanwalt in die Strafrechtspflege eintrat, fürchtete man dort noch Dorfrichter Adam. Der saß inzwischen zwar fest in seinem Amt, aber in den Augen seiner Zeitgenossen produzierte er von dort aus immer noch mehr Zufall als System. Den Zufall aber wollte man tilgen und so strengte man hartnäckig einen neuen Professionalisierungsschub auch seitens der Juristen an. Professor Justus Claproth gab 1756, aus der Universität Göttingen mit seinen „Grundsätzen von Verfertigung der Relationen aus Gerichtsacten“ den angehenden Juristen auf den Weg: „Ohne einen rechtsgelehrten Arbeiter ist die Entscheidung einer Sache einem blinden Schicksal unterworfen, ohne System regiert nichts als Zufall und daraus resultiert freylich nichts anders als ein verkehrtes Urteil.“⁷⁵⁹ Vom rechtsgelehrten Arbeiter erwartete man also den Ausschluss des Zufalls, die Heilung vom Schicksal.

753 Also als aktive Mitwirkung des Richters im Prozess kraft seiner Befugnis von Amts wegen, in Abgrenzung zu einem von gleichwertigen Parteien betriebenen Verfahren.

754 Nörr (1967), 102 f.

755 s. a. Dilcher (1994), 16.

756 Nörr (1967), 103.

757 Zur richterlichen Unabhängigkeitslehre und ihren Bedingungen: Simon (1975), passim.

758 Dazu Sander, Tobias: Akademische Karrieren – Jura, in: Müller-Benedict, Volker, Datenhandbuch zur deutschen Bildungsgeschichte, Band IV, Akademische Karrieren in Preußen und Deutschland 1850-1940, Göttingen 2008, 95-139.

759 Claproth (1778), Vorrede zur zweyten Ausgabe, Bl. 1.

An den Gerichten und im Recht hatte sich zuvor schon die Verdrängung des Laienprinzips, wie es noch im 18. Jahrhundert praktiziert wurde, abgezeichnet. An seine Stelle trat eine Art spezialisiertes Laienwesen, das bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts den vorher noch breiter gestreuten „Bodensatz an unordentlichen Justizgeschäften“⁷⁶⁰ nach und nach auf- und ablöste. Nichtjuristen fanden sich zwar noch auf erstinstanzlicher Ebene, in spezifischen Verfahren und später an der Fachgerichtsbarkeit ein. Seit 1748 waren für das Richteramt aber zwingend „ein ordentliches Studium der Rechte, zwei praktische Ausbildungsabschnitte und drei Prüfungen“ vorausgesetzt.⁷⁶¹ Staatliche Prüfungen für Richter lassen sich als vereinzelter Phänomen bis in das 17. Jahrhundert zurückverfolgen⁷⁶² – flächendeckend führte man sie parallel zur Etablierung und Zentralisierung eines staatlichen Justizsystems ab Mitte des 18. Jahrhunderts ein. Die akademische Prüfung der Juristen sicherte der preußische Staat zunächst auch durch sanktionierende Schadensersatztatbestände ab.⁷⁶³ Wenig später hatte sich diese neue Ordnung derart in die gesellschaftlichen Konventionen eingepreßt, dass für ihre Durchsetzung gesetzliche Sanktionen nicht mehr nötig waren: Eine Bewerbung ohne absolvierte Prüfung galt dann schlicht als inkompetent.⁷⁶⁴ 1851 wurde, als Etappenendpunkt dieser Entwicklung, die staatliche Prüfung auch für Richterämter in der ersten Instanz Zugangsvoraussetzung.⁷⁶⁵

Das Amt war bei seinen Richtern angekommen. Nur das Recht wurde trotz aller Heilungsversuche immer noch nicht durch das Amt, sondern vom Richter produziert. Und an den Gerichten tauchte nun der Staatsanwalt auf, als „Wächter der Gesetze“.

I. Der Wächter der Gesetze

In den preußischen Gesetzgebungsarbeiten hatte man den „Wächter der Gesetze“ zunächst als legitimierenden Titel für den Staatsanwalt entwickelt. Ob man damit auf eine Äußerung eines rheinpfälzischen Juristen⁷⁶⁶ zurückgriff? Der Begriff hatte eine „erstaunliche Karriere“⁷⁶⁷ in den preußischen Gesetzgebungsarbeiten hinter sich und war zuletzt von Heinrich Friedberg in dem 1845 vorgelegten Entwurf zum Gesetz

⁷⁶⁰ Lahusen (2011), 103.

⁷⁶¹ Krause (2008), 100.

⁷⁶² Dazu Lahusen (2011), 100 f.; auch Fn. 24.

⁷⁶³ Codex Fridericianus, 1784, Teil I Titel 1 § 4: „Wer ohne Prüfung für eine Ratsstelle an einem Landesjustizkollegium ernannt wird, soll ohne weiteres entlassen und auf das Doppelte seiner Bezüge in Anspruch genommen werden“.

⁷⁶⁴ Krause (2008), 100, dort insb. Fn. 17.

⁷⁶⁵ Krause (2008), 101.

vom 17. Juli 1846 eingebracht worden.⁷⁶⁸ Er sollte die legale, bei jeder Gesetzesübertretung indizierte Strafverfolgung anklingen lassen. Zum anderen bedeutete er für den Staatsanwalt, dass dieser „sowohl für als auch gegen den Angeklagten auftreten solle“.⁷⁶⁹ Damit habe sich eine Interpretation durchgesetzt, die über den Staatsanwalt den „Eindruck von Objektivität und Rechtstreue vermittelte.“⁷⁷⁰ Die politische Einflussnahme der preußischen Regierung auf die Strafverfolgung sollte durch den „Wächter der Gesetze“, der dem Objektivitätspostulat verschrieben war,⁷⁷¹ verschwinden. Damit trug man dem Staatsanwalt aber auch die richterlichen Tugenden der Spätaufklärung auf – „das Ideal des gesetzesgebundenen, des neutralen, des willkürfreien Richters“⁷⁷² – und man fixierte ihn auf das Strafverfahren. Unmittelbar war der preußische „Wächter der Gesetze“ als Versuch der Staatsregierung, potentieller Kritik entgegenzutreten, freilich recht eindimensional und leicht zu durchschauen⁷⁷³.

Mit diesem schlichten Propagandabild versehen, waren es die Vertreter der Staatsanwaltschaft selbst, die sich der Öffentlichkeit erklären mussten. Ebenso wie Staatsanwalt Wentzel im Polenprozess nutzte etwas später auch ein Vertreter der bayerischen Behörde seinen ersten Verhandlungstermin als Plattform für instruktive obiter dicta: Heinrich Lotz hielt in der ersten Schwurgerichtssitzung in Würzburg am 12. April 1849 eine „Rede“⁷⁷⁴, in der er sich und seine Aufgaben dem Publikum vorstellte. Lotz war zu dieser Zeit noch als Appellationsgerichtsrat tituiert, hatte den Posten des Staatsanwalts übertragen bekommen und wünschte sich nun an seinem ersten öffentlichen Arbeitstag selbst Glück bei seinem Vorhaben: „Möchte es mir als

766 Dölemeyer (2005), 97: Philipp Jakob Siebenpfeiffer habe (in: Über die Frage unsrer Zeit in Beziehung auf Gerechtigkeitspflege, Heidelberg 1823; 128) „soweit [...] ersichtlich erstmals den später vielzitierten Ausdruck 'Wächter der Gesetze'“ gebraucht, um damit den Staatsanwalt als einen „Vertreter des reinen Staatsinteresses“ zu beschreiben und gegenüber dem „Fiscal der Krone“ und dem Beamten „der Regierung“ abzugrenzen.

767 Collin (2000), 81. Für eine Begriffsgenese sei auch auf die 'Conservatori di leggi' hingewiesen, die im Stadtstaat Florenz während der Renaissance in der Magistratur arbeiteten; auf den 'Nomophylax', der im spätbyzantinischen Reich einer obrigkeitlichen Rechtsschule vorstand; und auf die 'Nomophylakes', die im klassischen Griechenland etwa die Strafvollstreckung beaufsichtigten.

768 Collin (2000), 404.

769 Collin (2000), 75; auch 77; 81.

770 Collin (2000), 404. Später wurde der Begriff „Gesetzeswächter“ immer wieder anders interpretiert und flexibel etwa zur Begründung staatsanwaltschaftlicher „Kontrollaufgaben gegenüber den Gerichten“ eingesetzt; s. Collin (2000), 114 f.

771 Collin (2000), 109.

772 Nochmals Ogorek (1986/2008), 292 f.

773 s. Collin (2000), 92.

774 Diese „Rede“ wurde auch abgedruckt in der Neuen Würzburger Zeitung (Nr. 105 v. 16. April 1849, Glosse „Gerichtszeitung“, 1-2).

Neuling in diesem Fache gelingen, mein glühendes Gefühl für die Herrschaft des Gesetzes auch in die Außenwelt übertragen zu können“.⁷⁷⁵ Die staatsanwaltschaftliche Kompetenz für das Strafrecht stand damals noch unter Vorbehalt⁷⁷⁶ und „das heilige Palladium der verfassungsmäßigen Unabhängigkeit der Gerichte“⁷⁷⁷ war gerade erst gewonnen und drohte doch schon wieder zu zerrinnen. Angesichts dieser labilen Ausgangslage pries Lotz besonders ausdrucksstark den Staatsanwalt als „Wächter des Gesetzes“ an. Damit griff er zunächst auf das preußische Legitimationsbild zurück. Allerdings war der „wichtige Beruf des Staatsanwaltes“⁷⁷⁸ bei Lotz facettenreicher, als es der preußische Gesetzeswächter zu suggerieren vermochte. Denn nach Lotz hatte der Staatsanwalt als Wächter der Gesetze zu bewirken, „daß das Gesetz immer und überall Geltung habe“.⁷⁷⁹ In diesem Sinne erschien der Staatsanwalt zunächst als nicht weiter spezifiziertes Überwachungsorgan; nur konsequent, dass ihm Lotz wegen dieser Aufgabe auch die „Aufsicht auf die gesammte Straf-Rechtspflege“ zugestand.⁷⁸⁰ Freilich fing damit der Gesetzeswächter an zu schillern. Seine Aufgabe, die absolute Geltung der Gesetze durch eine Aufsicht über die Strafrechtspflege zu garantieren, fügte dem preußischen Propagandabild kontrollierende Nuancen hinzu und verschob es damit vom neutralen Richterbild in Richtung offensichtlicher Politik.

„Das Gesetz muß herrschen! Ohne Gesetz keine Ordnung, sondern [...] Verwirrung“, rief Lotz in Würzburg zu seinem Dogma aus. Er schloss dadurch zum absoluten politischen Herrschaftsanspruch auf, der sich inzwischen allerdings auf einen gesetzlichen Geltungsanspruch hatte festlegen lassen. Vollstreckt versprach dieser Anspruch die beste aller Ordnungen für die Bürgerliche Gesellschaft. Tatsächlich war er aber flexibel abdingbar. So verkündete auch Lotz: Der Staatsanwalt solle nur dort zur Tat schreiten, „wo dem Gesetz Geltung verschafft werden soll [!]“. Er habe zwar zu wachen, „daß die Strafgesetze allenthalben [...] angewendet und vollzogen werden“ – aber sie sollten auch nur da angewendet und vollzogen werden, „wo es Not thut“. Dadurch, dass der Staatsanwalt mit der flexiblen Geltendmachung des politischen Herrschaftsanspruches in Form des Gesetzes betraut war, agierte er also

775 Lotz (1849), 2.

776 Lotz (1849), 1: „Für jetzt und bevor das neue Gesetzgebungswerk vollständig ins Leben geführt seyn wird, ist es das Strafrecht, in welchem sich die Thätigkeit des Staatsanwaltes bewegt.“

777 Lotz (1849), 2.

778 Lotz (1849), 2.

779 Lotz (1849), 1.

780 Lotz (1849), 1. Er bewegte sich damit in Interpretationen des Begriffes „Gesetzeswächter“, wie dieser später auch vom preußischen Gesetzgeber verwendet wurde, s. Collin (2000), 114 f.

als „das lebendige Organ, in dem die gesetzgebende Gewalt ihren Willen ausführt“⁷⁸¹. Man hatte sich der Herrschaft durch Gesetz verschrieben und betrieb zugleich Kriminalpolitik: Das Gesetz galt – aber auch nur da, „wo es Not“ tat.

Zugleich aber war die Strafrechtspflege unabhängig geworden. Die Richter durften nun die Gesetze in Eigenregie anwenden, vollziehen und pflegen. Das führte auf vielfache Weise zur Kollision mit dem gesetzlich formulierten Herrschaftsanspruch. Folglich forderte man für die Gerichte eine „Aufsicht“, auf dass kein „Gesetz irrig angewendet“, sondern stattdessen „Gleichförmigkeit in Anwendung des Gesetzes bei allen Gerichten herbeigeführt werde“.⁷⁸²

Der Staatsanwalt als Gesetzeswächter, wie ihn Lotz präsentierte, führte diese beiden Probleme zusammen und reichte über die preußische Propaganda hinaus. Er war nicht nur das lebendige Organ des gesetzlich formulierten Herrschaftsanspruchs und der Kriminalpolitik. Er sollte auch „das Gesetz repräsentieren, von allem Kenntniß nehmen, was in den Sitzungen vorgehe und geurtheilt werde, stets das Gesetz im Auge und immer schlagfertig jede Abweichung sofort wieder ausgleichen“ – der Staatsanwalt als Gesetzeswächter solle „Sorge tragen“ für die „Handhabung der Gesetze“.⁷⁸³ Die Handhabung der Gesetze allerdings erfolgte nunmehr allein – durch die Gerichte.

II. Der Wächter der Gerichte

So war der Gesetzeswächter von Anfang an Gerichtswächter. Wie sollte es auch anders sein? Das Gesetz wurde schließlich nur im Gericht lebendig. Deswegen war „die Aufsicht auf die gesamte Straf-Rechtspflege“⁷⁸⁴ von Nöten. In diesem Kontext wird die Einführung der Staatsanwaltschaft als Mittel zu dem Zweck interpretiert, dass gegenüber den Gerichten die „Fürsten [...] ihre Macht durch weisungsgebundene Staatsanwälte“⁷⁸⁵ zu stärken versuchten. Sie sollen „nach einigen Missverständnissen über den französisch-revolutionären Charakter der Staatsanwaltschaft“ die Gelegenheit erkannt haben, „gegen missliebige Urteile“ vorgehen zu können, indem sie „mit ihrer Weisungsbefugnis von Rechtsmitteln ausgiebig Gebrauch“ machten.⁷⁸⁶

781 Lotz (1849), 1.

782 Alle Zitate Lotz (1849), 1.

783 Thesmar (1844), 6 f.

784 Nochmals Lotz (1849), 1.

785 Wesel (2014), 465.

786 Wesel (2014), 465.

Dabei geschieht dem Staatsanwalt als Gerichtswächter nachträglich Unrecht, verstünde man ihn rein als Instrument der Regierung und ihrer Interessen. Das wäre jedenfalls nicht mehr als die Kehrseite des preußischen Wächters der Gesetze, wie er 1849 propagiert worden war. Der Staatsanwalt, wie er bei Lotz zu Tage trat, war aber feiner ausgestaltet. Er sollte die Anwendung der Gesetze beobachten und bei Bedarf korrigieren. So ließe sich eine uneinheitliche Gesetzesanwendung und -auslegung⁷⁸⁷ vermeiden. Damit versuchte man durch den Staatsanwalt zu lösen, dass sich über Gesetzessinn trefflich streiten ließ und die richterliche Entscheidung den materiellen Befindlichkeiten des einzelnen Richters unterlag.⁷⁸⁸ Dieses Problem wurde durch die richterliche Unabhängigkeit virulent: Von den Gerichten durfte der Gesetzgeber nunmehr keine Befehlsausführung und keinen Rapport, keine „zuverlässige Kenntniß von der Lage der Rechtspflege erwarten, denn der Richter entscheidet [...] nach seiner Überzeugung“.⁷⁸⁹ Wie aber konnte man unter diesen Bedingungen verhindern, dass „von den Richtern die Geseze und Vorschriften nicht beobachtet“, dass „die Prozesformen in den Entscheidungen verletzt“ oder dass das „Gericht in seinem Endurtheile seine Gewalt überschreitet“?⁷⁹⁰

Die „Aufsicht auf die gesammte Straf-Rechtspflege“, wie sie durch den Staatsanwalt ausgeübt werden sollte, wird oft mit der Rechtsmittelkompetenz gleichgesetzt, die man der neuen Behörde trotz vielfältiger Divergenzen in ihren konkreten territorialstaatlichen Ausgestaltungen fast überall zugestand. Verkörperte das durch die Staatsanwälte einzulegende Rechtsmittel die Kontrolle der richterlichen Entscheidungen und damit die Kontrolle über die Gerichte selbst?

1. Richter-Vorschlag

Auch in Baden stand man vor diesem Problem. Die Richter am Oberhofgericht befassten sich mit den Rekursmöglichkeiten, die 1825 im peinlichen Prozess bestanden, und mit dem sogenannten Staatsauftrag, der seitens des

787 o.A. (1849), 170: Er habe „[...] die Erfahrung gemacht, daß ein und dasselbe Gesetz von den verschiedenen Gerichten in ganz verschiedenem, in widersprechendem Sinne verstanden und angewandt werde.“

788 Der Text, o.A. (1849), ist in dieser Hinsicht klassisch. Sein Autor schrieb von der „dunklen, zweideutigen Fassung des Gesetzes“ und der Missbilligung der Vorschriften durch den einzelnen Richter hinsichtlich ihres Unrechtsgehalts, und summierte: „Die Möglichkeit ist also vorhanden, daß dasselbe Gesetz [...] angewandt und nicht angewandt, nach seinem wahren Sinne oder irrig angewandt wird“, 170.

789 o.A. (1849), 171. Dazu auch Ogorek (1986/2008), passim.

790 Thesmar (1844), 8.

Justizministeriums an das Oberhofgericht ergehen konnte.⁷⁹¹ Hier zeigte sich, dass das Verhältnis zwischen der Staatsregierung und den Gerichten neu ausbalanciert werden musste. Die Richter des höchsten badischen Gerichts selbst wirkten an diesem Balanceakt wortkräftig mit: Ihr Plenarbericht ging direkt an das Justizministerium, von dem die Richter eine autoritative Rückmeldung erwarteten. Allerdings meldeten sie in ihrem Bericht zugleich hartnäckig eigene Vorschläge⁷⁹² und Wünsche „für künftigen legislatorischen Gebrauch“⁷⁹³ an.⁷⁹⁴ Das Verhältnis zwischen Regierung und Gerichten war zu einer Verhandlungsmasse geworden. Im Kern ging es den Richtern darum auszuloten, inwieweit sie noch den „Staatsauftrag“ erfüllen mussten.

Worum ging es ihnen genau? Das badische Justizministerium konnte dem Oberhofgericht Urteile der ersten Instanz in Kriminalsachen mit dem Auftrag zukommen lassen, erneut in der Sache zu entscheiden. Hier fragten sich die Richter, ob man milder als die untere Instanz urteilen durfte und hier zeigten sie sich zunächst als pragmatische, loyale Staatsdiener: Die Milderungsoption wurde in teleologischer Interpretation der ministerialen Auftragskompetenz verworfen. Das Oberhofgericht werde durch das Ministerium grundsätzlich „nur über der Frage der Schärfung aufgerufen“ und nur dann zur Überprüfung eines Urteils eingesetzt, wenn dieses „dem Justizministerium viel zu milde dünkt“.⁷⁹⁵ Ein milderes Urteil der letzten Instanz war also nicht vorgesehen und die Richter taten, als ob sie sich an diese Vorgabe halten würden: Sie sprachen keine mildereren Urteile aus. Allerdings – den „Staatsauftrag zu anderer Entscheidung“⁷⁹⁶ befolgten sie auch nicht ohne weiteres. Sie gaben vor, sich einen dritten Weg herauszunehmen und umgingen damit die Essenz des Staatsauftrages doch. Wenn sie das Urteil der unteren Instanz für rechtens hielten oder selbst einer „noch mildern Ansicht“ zuneigten, ließen sie das Urteil bestehen und berichteten lediglich an das Ministerium, „daß wir das hofger.

791 Debatte aus einer Plenarsitzung im November 1825, wiedergegeben in: Jahrbücher (1826), 218-221. Grundlage für den Staatsauftrag war § 31 Lit. L, Beilage F zum Organisationsedikt v. 16. November 1809.

792 Etwa: „Der erste [gerichtliche] Vorschlag ist durch den Just.-Ministerial-Beschluß [...] erledigt; den zweiten hat jene höchste Behörde mit Stillschweigen übergangen, und also zur Zeit nicht angenommen“, Jahrbücher (1826), 221.

793 Jahrbücher (1826), 219.

794 Sie trugen diesen rechtspolitischen Gestaltungsanspruch in eigener Sache mit der Publikation der Jahrbücher des Gerichtes auch explizit nach außen.

795 Jahrbücher (1826), 218.

796 Jahrbücher (1826), 221.

Urteil nicht merklich zu milde erachten“⁷⁹⁷. Bericht statt Urteil, so verweigerte man den Staatsauftrag, ohne eigene formelle Kompetenz zu überschreiten. Generell fragten sich die Richter auch, wie der „Staatsauftrag“ überhaupt zu verstehen sei. Er könne „einen Recurs der Staatsbehörde“⁷⁹⁸ darstellen. Der Auftrag könne eine gerichtliche Sonderkompetenz aussprechen, in den beauftragten Fällen außerordentlich die Funktion der ersten Instanz zu erfüllen und „den Spruch zu übernehmen“. Die zweite Variante widersprach freilich der Bedingung, dass das Oberhofgericht kein milderes Urteil und damit auch keine eigenständige Entscheidung abgeben sollte.

Der Staatsauftrag war am Ende nur ein Symptom des Problems, dass die Spruchpraxis der unteren Gerichte von den Erwartungen der Staatsregierung und der Politik abwich und nach „Nothülfe und beßernder Ausgleichung für die Strafgerechtigkeitspflege“⁷⁹⁹ gesucht wurde – freilich unter den Bedingungen zunehmender gerichtlicher Autonomie. Und so debattierte man im Präsidium des Oberhofgerichts über mehrere Möglichkeiten, diese Ausgleichung zu besorgen. Der unmittelbare Machtspruch der politischen Souveränität, „die Urtheilsschärfung im Ministerium selbst“, wurde nur kurz angerissen, denn jener war 1825 in Baden zumindest aus richterlicher Sicht nicht mehr tragbar.⁸⁰⁰ Auch die prozessuale Einrichtung einer „Staatsprokuratur“, die in Baden über die weite Grenze zum französischen Rechtsgebiet bereits näher als andernorts gerückt war, lehnten die obersten Richter ab. Hier polemisierten sie heftig, dass diese Behörde „eine überaus weit ausgedehnte, oft unnütz arbeitende und allemal gehässige Anstalt“ sei.⁸⁰¹ Übrig blieb die Möglichkeit, dass der Staatsauftrag „an ein anderes Justizkollegium“ als das erstinstanzliche erteilt werde.⁸⁰² Das Plädoyer für diese letzte Variante, die als verfahrensartiger „Weg“ den „Vorzug des gemäßigten und seltenern Gebrauchs“ besitze,⁸⁰³ war wenig verwunderlich, stärkten die Richter des Oberhofgerichts mit

797 Jahrbücher (1826), 219.

798 Jahrbücher (1826), 220; damit war noch das Ministerium gemeint.

799 So die Richter des Oberhofgerichts selbst: Die Entscheidung der „badischen Legislation“, eine „Ausgleichung“ für den „nicht seltenen Fall, wo die Hofgerichte, unter der großen Menge ihrer Straf- und Absolutions-Erkenntnisse, öfters viel zu mild urtheilen, als daß es sich mit der heilig zu schützenden Sicherheit der bürgerlichen Gesellschaft verträgt“, zu schaffen, sei „allemal weise“ gewesen; Jahrbücher (1826), 220.

800 Die unmittelbare ministeriale Urtheilsschärfung hätte „den übelsten Eindruck hervorbringen müssen“, Jahrbücher (1826), 220.

801 Jahrbücher (1826), 220.

802 Jahrbücher (1826), 220.

803 Jahrbücher (1826), 220.

dieser Option doch die gerichtliche Kompetenz insgesamt, wenn nicht sogar unmittelbar ihre eigene selbst.

2. Rechts-Mittelbehörde

Durchgesetzt hat sich diese richterliche Option des direkten Staatsauftrages an ein anderes Gericht als Rekursverfahren nicht. Nicht nur in Baden, auch in anderen deutschen Partikularstaaten vertraute die Regierung ihr Rekursmittel gegen Strafurteile den Staatsanwälten an. Damit umging man nicht nur den unmittelbaren Auftrag an die Gerichte, sondern auch die unmittelbare Kommunikation mit den Gerichten. Verhandelt wurde nicht mehr direkt über Berichte und Edikte, die man zwischen den Gerichtskollegien und den Ministerien hin- und her wandern ließ, sondern über die Staatsanwaltschaft, die gleichsam als Transferstelle hinzugezogen worden war. Über die Staatsanwaltschaft wurde nicht nur im übertragenen Sinne „das Verhältnis der Staatsregierung zu den Gerichten vermittelt“.⁸⁰⁴ Man stellte sie sich in kommunikativer und verwaltender Hinsicht direkt als „Mittelsbehörde“ vor, „durch welche die Regierung ihre Mittheilungen an die Gerichte gelangen lässt“⁸⁰⁵.

Der Rekurs gegen Strafurteile wurde also aus der Kompetenz der Gerichte ausgegliedert, aber auch nicht wieder in den unmittelbaren Machtbereich der Politik eingegliedert, sondern einer echten 'Mittelsbehörde' anvertraut.

Wie formierte man nun hier den 'Staatsauftrag', den die Richter hinsichtlich des Rekurses losgeworden waren? Im Königreich Hannover etwa war die Kronanwaltschaft zunächst als reine Rekursbehörde eingerichtet worden. Auch in Baden kam ihr dieser Auftrag zu. In Preußen erteilte das Justizministerium der Staatsanwaltschaft für das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde konkrete Anweisungen.⁸⁰⁶ Die Nichtigkeitsbeschwerde richtete sich explizit gegen eine fehlerhafte Rechtsanwendung⁸⁰⁷. Sie entsprach damit einer verfahrensartigen Interventionsmöglichkeit in der Rechtsauslegung. Die Rechtsauslegung wiederum verdichtete sich durch Rechtsprechung, höchstrichterliche Urteile und Oberappellationsgerichte zunehmend zu einem Netz, das Bindung und Vorhersehbarkeit der rechtlichen Entscheidungen versprach. Darauf rekurrierte auch das preußische Justizministerium, wenn es den Staatsanwälten inhaltliche Vorgaben

804 Feuerbach (1825), 139.

805 Savigny (1846), 39.

806 Collin (2000), 119 f.

807 Collin (2000), 119.

hinsichtlich der Nichtigkeitsbeschwerde machte: Die ministerialen Vorgaben sollten sich auch auf zukünftige Urteile erstrecken. Sie kamen damit politischen Richtlinien gleich – die Politik habe sich von der Nichtigkeitsbeschwerde erhofft, sie könne als „Steuerungsinstrument“ dienen und deswegen bei diesem Rechtsmittel eine besonders aktive Weisungspraxis betreiben.⁸⁰⁸ Es waren die Staatsanwälte, die dieses Instrument bedienen sollten. Der 'Hebel der Rechtsordnung' sollte also nicht nur bei der Anklage, sondern auch bei der Revision von Urteilen ansetzen.

Von einer derartigen Rechtsmittelbehörde erhoffte man sich in der Politik allerdings nicht nur eine effektive Kriminalpolitik,⁸⁰⁹ sondern überhaupt eine Kontrolle der richterlichen Arbeit. Die Handhabung der Gesetze mündete im Urteil – konnte man gegen dieses vorgehen, meldete man zugleich einen Anspruch auf die Handhabe an. Das bedeutete nicht nur, dass eine bestimmte, inhaltliche Rechtsauffassung durchgesetzt werden sollte,⁸¹⁰ sondern auch, dass eine generelle Aufsicht über die richterliche Arbeit ausgeübt wurde, wie sie sich etwa auch in Versuchen niederschlug, Standards bei der Geschworenenbefragung an den Gerichten einzuführen⁸¹¹.

Dieser allgemein kontrollierende und regulierende Ansatz wurde seitens der Juristen durchaus als notwendig, nützlich und gelungen bewertet. So frohlockte schon Grolman, „die schönste Seite“ des französischen *ministère public* sei die „stete Kontrolle des ganzen Justizwesens“.⁸¹² Eine Staatsanwaltschaft als „Auge des Gesetzes“⁸¹³ biete für die deutschen Gerichtsverfassungen „die glückliche Lösung der bisher unaufgelösten Frage“ an, „wie auf der einen Seite die Justiz in den einzelnen Sachen unabhängig von dem Cabinetseinfluße erhalten und auf der anderen Seite doch die stete Aufsicht der Regierung auf die Justiz bewahrt [...] werden könne“⁸¹⁴. Ähnlich äußerte auch Savigny, dass eine Staatsanwaltschaft „die Aufsicht über das Justizpersonal [...] erleichtern und wirksamer machen“ könnte, „ohne die Unabhängigkeit der Richter zu gefährden“.⁸¹⁵ Und Müller hatte 1825 bemerkt: „Viel zu unmittelbar auch schließt sich das Justiz-Ministerium an die Person

808 Collin (2000), 119.

809 So die durchgängige These von Collin (2000), 119 f. und passim.

810 Nachweis bei Collin (2000), 119 f.

811 Collin (2000), 121: Das Justizministerium habe über die Staatsanwaltschaft versucht, auf eine „bestimmte Formulierung der Fragen des Gerichts an die Geschworenen hinzuwirken“.

812 Nochmals Grolman (1810), XL.

813 So Gerau selbst (1849), 328.

814 Nochmals Grolman (1810), XL.

815 Savigny (1846), 41.

des Regenten an, als daß nicht die große Kluft zwischen ihm und den Gerichten die Anordnung einer Mittelstelle in dem Organ der Staats-Anwaltschaft für jenen Zweck [„der Aufsicht auf die Gerichte“] erheischte.“⁸¹⁶ Selbst ein entschiedener Kritiker von weiten zivilrechtlichen Kompetenzen einer Staatsanwaltschaft lobte 1849: „In der Institution der Staatsprokuratur ist offenbar die gelungenste und wirksamste Durchführung der Staatsaufsicht über die Rechtsverwaltung zu erkennen“⁸¹⁷.

Der Staatsanwalt war damit nicht nur auf die Gesetze, die Urteile und die Rechtsanwendung fixiert, sondern auch auf die Rechtsverwaltung, die durch das Justizpersonal betrieben wurde. Seine Kontrollmöglichkeit beschränkte sich (noch) nicht allein auf das richterliche Urteil, sondern war breiter auch auf Richter und Gerichte angelegt. Der Staatsanwalt sollte nicht nur die stets divergierende Gesetzesauslegung einfangen und missliebige Urteile ausgleichen, sondern auch als eine Art Gerichtspolizei in einer noch nicht spezifizierten Aufsicht über den Gerichtsalltag wirken. In einer Disziplinkontrolle versuchte man den Staatsanwalt dort einzusetzen, wo die Gerichte selbst intern bei ihrem eigenen Personal in den Augen der Staatsregierung versagt hatten⁸¹⁸. Mit der Staatsanwaltschaft verband sich die Hoffnung auf eine effektivere Gerichtskontrolle, die tradierte Mittel wie die Gerichtsvisitation ersetzen sollte. Die Gerichtsvisitation wurde in Preußen vor allem an den unteren Gerichten ausgeübt; „Kassen und Geschäftsbücher“ wurden dabei überprüft, man ging gegen „Mißbräuche“ – wie das verbotene Erheben von Sporteln – vor, es drohten Disziplinarverfahren und Strafen.⁸¹⁹ Der Staatsanwalt als Aufsichtsorgan versprach gegenüber der Gerichtsvisitation insofern erhöhte Effektivität, als seine Kontrolle präventiv einsetzte, wo die Gerichtsvisitation nur nachträglich „schon eingerissene Unordnungen und Gebrechen [...] entdecken“⁸²⁰ konnte. Der allzeit anwesende Staatsanwalt könne Mängeln in der Gerichtsverwaltung zuvorkommen und ihnen möglichst schonend entgegenwirken, indem er beobachte, korrigierend kommentiere und erst „nöthigen Falls

816 Müller (1825), 228.

817 Gerau (1849), 331.

818 s. Hodenberg (1996), 132 f., zu Dienstbeurteilungen und Disziplinarprozessen gegen „Justizjuristen“ in Preußen in den 1830er und 1840er Jahren. Entscheidend für das disziplinarische Vorgehen seitens des preußischen Justizministeriums sei gewesen, dass es „um das Zurückdrängen einer politischen Parteiung ging“ und kaum „um die Funktionsfähigkeit der Justiz“; gegen „amtsunfähige Richter“ sei man nur „zögernd“ vorgegangen, „Regierungskritiker“ habe man „schon beim geringsten Anhaltspunkt scharf“ verfolgt; 140.

819 Hodenberg (1996), 99.

820 Feuerbach (1825), 139.

Anzeigeberichte“ erstatte.⁸²¹ Noch heute ist eine Kontrolle der Rechtspflege im Sinne des juristischen Berufsstandes bei den Generalstaatsanwaltschaften angesiedelt, wenn sie berufsrechtliche Verfahren vor den Anwaltsgerichten führt.⁸²²

In diesen Kontext ist auch der – eine? – Fall einzuordnen, in dem ein preußischer Staatsanwaltschaft ein Urteil wegen stilistischer Mängel rügte⁸²³. Die Stilrüge hatte keine unmittelbaren Berührungspunkte mit den Rechten des Verurteilten, der Durchsetzung einer bestimmten Kriminalpolitik oder dem Verfolgungszwang der Anklagebehörde, wie es etwa denkbar ist, wenn Rechtsmittel gegen Freisprüche eingelegt werden. Der Staatsanwalt übte deswegen hier mit seinem Rechtsmittel die Kontrolle eines Mindestmaßes an berufsständischer Professionalität in der Justiz aus.

Was aus diesem Gerichtswächter geworden ist? Die Aufgabe als Rechtsmittelbehörde ist nicht nur in der heute geltenden Strafprozessordnung normiert,⁸²⁴ sondern sie wird von der Staatsanwaltschaft auch tatsächlich im Strafverfahren wahrgenommen. Aus rechtshistorischer Perspektive wird die Staatsanwaltschaft als Trägerin des Rechtsmittels zu einem Ersatz für das progressiv entfallene, landesherrliche Bestätigungsrecht erklärt⁸²⁵. Hier sammelt sich auch politische Kritik, der die Rechtsmittelkompetenz zusammen mit der Weisungsabhängigkeit der Staatsanwälte als Korrekturinstrument für (kriminal)politisch missliebige Urteile gilt. Als Rechtsmittelbehörde ist die

821 Feuerbach (1825), 139.

822 s. Beulke, Werner / Ruhmannseder, Felix: Die Strafbarkeit des Verteidigers. Eine systematische Darstellung der Beistandspflicht und ihrer Grenzen, 2. Aufl., Heidelberg / München (u.a.) 2010, 361 ff. Carsten/Rautenberg (2012), 371 f.: Die Generalstaatsanwaltschaft wirke als „Einleitungsbehörde“ in berufsrechtlichen Verfahren gegen „Steuerberater“, „Wirtschaftsprüfer“, „Patentanwälte“, und „Rechtsanwälte“ mit; in wenigen Bundesländern auch in Disziplinarverfahren gegen „Notare“; der Generalstaatsanwalt habe früher auch die Einleitung von Disziplinarverfahren gegen Richter vertreten.

823 Collin (2000), 115: „Das Kreisgericht Seehausen hatte ein Urteil erlassen, dessen Begründung in Stil und Inhalt allen [professionellen] Anforderungen Hohn sprach“, der zuständige Oberstaatsanwalt habe „die Art und Weise der Urteilsbegründung beim Appellationsgericht“ gerügt; Fn. 37: „Die vollständige Urteilsbegründung lautet: 'Woellmer ist offensichtlich von Berthan, der ihn betrügen wollte, hintergangen worden, und dadurch in seine jetzige fatale Lage gekommen. Wenn er hierdurch zwar zu bemitleiden ist, so kann dies nur ein Grund sein, ihn der Begnadigung zu empfehlen, nicht aber die Strafe für unanwendbar zu erklären, wenn sie anwendbar ist.'“ Collin bewertet dies als „eher banalen“ Anlass für eine Erweiterung der Kontrollaufgaben des Staatsanwalts.

824 s. Wohlers (1994), 278 ff.

825 Collin (2000), 59; zum gescheiterten Entwurf Duesbergs 1833 in Preußen. Hodenberg (1996), 170 merkt für Preußen an, dass „in der Praxis [...] der Monarch sein Vorrecht nur noch selten wahr“ genommen habe.

Staatsanwaltschaft heute keine unbekannte Größe, sondern sie hat ihren Platz in der Selbstwahrnehmung der Staatsanwälte und im juristischen und öffentlichen Diskurs. Allerdings hat sich das Rechtsmittel auf das Strafurteil verengt. Der Staatsanwalt als Gerichtswächter kontrolliert nur noch die richterliche Entscheidung. Eine weiter greifende Kontrollinstanz der Professionalisierung und Profession, wie sie der staatsanwaltschaftliche Gerichtswächter einmal sein sollte, liegt heute ferner denn je⁸²⁶. Der Staatsanwalt, der den stümperhaften Stil eines Urteils anzeigt oder als Gerichtsverwaltungskontrolleur den internen Geschäftsplan visitiert, war eine kurz aufflackernde historische Erscheinung. Sie war ein letzter Teil jenes Ensembles, das in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts noch zur Kontrolle und Reform der Gerichte und ihrer Arbeit eingesetzt wurde. Die Gerichtsvisitation gehörte zum Kern dieses Maßnahmebündels, zu dem auch die im Allgemeinen Preußischen Landrecht statuierte Anzeige- und Anfragepflicht des Richters bei der Gesetzesauslegung an die Gesetzeskommission zählten.⁸²⁷ Progressiv war dieses Bündel etwa durch ein Höchstmaß an staatlich regulierter juristischer Ausbildung verändert worden. Der Staatsanwalt als Gerichtswächter löste zwar tradierte Kontrollwege wie die Gerichtsvisitation ab. Er gehörte damit aber immer noch zu einer Übergangsstrategie des Ancien Régimes, zum Instrumentenblock der unmittelbar einsetzenden Justizkontrolle.

Die stilistische Urteilsrüge deutete dann allerdings bereits einen neuen, mittelbaren Weg für die Kontrolle über rechtsinterne Verfahren an. Wenn ein Urteil heute in stilistischer Hinsicht nicht dem professionellen Mindestmaß entspricht, ist es mit einer Stilrüge begründbar über die Revision angreifbar. Es war der Instanzenzug, der die Visitation und das allzeit beobachtende Auge der Staatsregierung und des Gesetzes überflüssig machte. Für den Staatsanwalt als Gerichtswächter ist damit eine materielle Urteilskontrolle und der Streit über die Auslegungshoheit über Gesetzestexte⁸²⁸ übrig geblieben. Aber auch diese Kontrolle findet sich im Alltag selten wieder.⁸²⁹ Institutionelles Vertrauen, wie es sich schon früh abzeichnete und durch die tendenziell zunehmende beamtenrechtliche Gleichstellung⁸³⁰ von Staatsanwalt und Richter bestärkt wird, mildert die Gegensätze zwischen 'Verwaltungsapparat' und 'Gerichtssaal' ab: „Das frühere Mißtrauen gegen den

826 Die berufsrechtlichen Verfahren nach der BRAO werden durch von der Rechtsanwaltskammer organisierte Anwaltsgerichte entschieden.

827 Dazu Küper (1967), 65.

Staatsanwalt“ ist „heute nicht mehr berechtigt.“ Denn „als die heutige Strafprozeßordnung in Kraft trat [1877/79], lag die Trennung von Justiz und Verwaltung noch nicht soweit hinter uns, wie heute. Damals war nicht nur, sondern galt auch der Staatsanwalt mehr als heute als Verwaltungsbeamter. Das kam auch darin zum Ausdruck, daß der Staatsanwalt im Gehalt den Verwaltungsbeamten gleichgestellt und damit dem Richter gegenüber bevorzugt war. Die Gleichstellung beider ist inzwischen längst durchgeführt, beide fühlen sich längst eines Standes, wozu der häufige Wechsel der Beamten zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft wesentlich beigetragen hat. Der Staatsanwalt ist heute mindestens so vorsichtig bei der Anklageerhebung, wie der Richter bei der Verurteilung oder der Eröffnung der Hauptverhandlung“⁸³¹.

Die Selbstverständlichkeit des Rechtsbetriebes hat die Gerichtskontrolle durch den Staatsanwalt überflüssig gemacht. Zweifeln an der Befähigung und der Autorität des Gerichtes beugt man durch Kooperation vor. Der Gerichtswächter ist in dieser Struktur nicht mehr als eine verblichene Erinnerung an alte Tage. Der Gesetzeswächter als Transformation der souveränen Bestätigungsmacht hingegen lebt immer noch – aber nur unter dem Vorbehalt des gerichtlichen Berufungs- und Revisionsverfahrens, als Rechtsmittelbehörde, als Urteilswächter.

F. Im Zivilprozess

Die Staatsanwaltschaft war von Beginn an als Akteurin für den Strafprozess konzipiert. Das lässt sich nicht nur den Handbüchern ihrer Staatsanwälte entnehmen,

828 Der 3. Strafsenat des BGH stellte mit Urteil vom 23.09.1960 (– 3 StR 28/60 –; NJW 1960, 2346-2348) klar, dass die Staatsanwaltschaft bei der Entscheidung, ob Anklage zu erheben oder das Verfahren einzustellen sei, sich „über feste höchstrichterliche Rspr.“ „nicht hinwegsetzen“ dürfe; dem Staatsanwalt stünde kein gesetzliches Recht zu, „den Gang der Strafrechtspflege [...] gemäß eigener Gesetzesanschauung zu blockieren und dem Gericht die Prüfung von Rechtszweifeln [...] vorzuenthalten“, 2347. „Ob ein Strafges. verletzt ist [...], hängt [...] allein vom Inhalt der Strafges. selbst ab. Da diese jedoch kein Eigenleben führen, ist ihre Auslegung und ständige Anwendungspraxis durch die dazu berufenen Gerichte maßgebend“; der Staatsanwalt könne sich daran „durch Mitwirkung in der Hauptverhandlung“ beteiligen, 2347. Die Richter stärkten damit vor allem ihre eigene Autorität, auch als höchste Instanz in Strafsachen.

829 Es sei noch auf die Nr. 147 RiStBV verwiesen, wonach der Staatsanwalt Rechtsmittel grundsätzlich zurückhaltend einlegen soll, es sei denn, ein Gericht vertritt „in einer häufiger wiederkehrenden bedeutsamen Rechtsfrage eine nach Ansicht des Staatsanwalts unzutreffende Rechtsauffassung“ oder werde „im Strafmaß nicht nur vereinzelt, sondern allgemein den Aufgaben der Strafrechtspflege nicht gerecht“.

830 Seit dem 1. Januar 2010 ist in allen Bundesländern der Status des politischen Beamten für den Generalstaatsanwalt abgeschafft; als letztes der Länder änderte Mecklenburg-Vorpommern das geltende Landesbeamtenrecht.

831 Buerschaper (1920), Sp.8.

die insofern eine Bestätigung aus der Praxis darstellten. Das zeigte sich auch bereits mit dem Pilotverfahren der preußischen Staatsanwaltschaft am Berliner Kammergericht, in dem ausgemachten strafrechtlichen Expertenwissen der Ankläger und nicht zuletzt bereits in den juristischen Konzeptionen zur Strafprozessreform.

Andererseits klang 1849 bei Staatsanwalt Lotz an, dass die Kompetenzen seiner Behörde im Strafprozess eine fachliche Konzentration darstellten: Nur vorbehaltlich weiterer Gesetzgebung berief er sich auf eine reine Strafkompetenz. Auch der allzeit beobachtende Gerichtswächter und der Staatsanwalt am Oberzensurgericht erinnern daran, dass die Staatsanwaltschaft gerade in ihrer Anfangszeit nicht nur die Anklage vertreten sollte. Das wird auch deutlich, wenn man sich dem Zivilprozess in der Mitte des 19. Jahrhunderts zuwendet: Über den Strafprozess hinaus waren die Staatsanwaltschaften in vielen Territorialstaaten breiter angelegt gewesen. Auch in Zivilsachen hatte man sie allgemein als Aufsichtsorgan konzipiert und ihnen darüber hinaus materielle und formelle Zuständigkeiten geschaffen. Noch 1861 meldete man aus der „Civilrechtspflege“ der bayerischen Pfalz, dass der Beruf des Staatsanwaltes gerade „durch seine Vielseitigkeit die ganze Kraft eines Mannes“ beanspruche.⁸³²

Dieses breite Konzept, das auch den Zivilprozess erfasste, entsprach der Umbruchsituation an der Schwelle des 19. Jahrhunderts. Sie war geprägt durch den „Verlust oder die Schwächung traditioneller Ordnungssysteme und Institutionen sozialer Kontrolle“⁸³³. Als Ausgleich bot sich eine Staatsanwaltschaft an, die man als Vertreterin der zentralen Herrschaftsmacht verstand. Sie versprach die Einlösung jenes „obrigkeitsstaatlichen Ordnungsanspruchs, die gesamte Sozialverfassung“ zu „regeln“, die allumfassende „Allgemeinverbindlichkeit“ herzustellen⁸³⁴ und das „uneingeschränkte Rechtsetzungsmonopol“⁸³⁵ der fürstlichen Legislative praktisch durchzusetzen.

Allerdings zeigte sich bald, dass diese Lösung eigentlich schon eine überholte war. Der absolutistisch konzipierte Fürstenstaat war „bis zu den Reformen am Anfang des 19. Jahrhunderts [...] nach unten unvollständig“ geblieben und hatte sich in steter Konkurrenz zu den Strukturen „auf Provinzial- und Lokalebene, in Grundherrschaft und Stadt“ befunden.⁸³⁶ Als diese „quasi autonomen Herrschaftsinseln“, wie sie sich

832 Bomhard (1861), 79.

833 Härter (2009), 83.

834 Zum ALR: Wehler (1987/2008), Bd. 1, 242.

835 Ogorek (1986/2008), 178.

836 Wehler (1987/2008) Bd. 1, 228.

auch in der Patrimonialgerichtsbarkeit zeigten, sich aufzulösen begannen, und der deutsche Reformabsolutismus sich Institutionen wie der „landesherrlichen Wohlfahrtspolicey“ bemächtigte und darüber zu seiner vollständigen Entfaltung ansetzte, dem bisher eher fiktiven „Staatsuntertan [...] endlich nahe war“⁸³⁷ – da hatte diese Entwicklung schon angesetzt, sich selbst zu überholen. Denn in die Lücke zwischen den beiden alten Herrschaftspolen des Ancien Régimes hatte sich bereits die „Leitvorstellung“ der bürgerlichen Gesellschaft als emanzipatorische Utopie und als konkrete Interessendurchsetzung gesetzt. Das absolutistische Staatswohl, das gerade „endlich“ die Ziellinie anvisierte, bekam just in jenem Moment neuen Gegenwind durch den entstehenden Liberalismus, durch das mit kapitalistischer Schlagkraft versehene Bürgertum.

Jene Entwicklung spiegelte sich auch in den Debatten zur zivilrechtlichen Kompetenz der Staatsanwaltschaft wieder. Die zivilprozessualen Kompetenzen waren in den ersten Reformtexten in jenes Bündel integriert, mit dem man gedachte, die neue Institution zu etablieren.⁸³⁸ Obwohl die zivilrechtliche Kompetenz also zunächst integraler Bestandteil des Konzeptes „Staatsanwaltschaft“ war, stand sie in den Reformüberlegungen relativ bald unter keinem guten Stern mehr. Sie galt ihren Gegnern „als völlig unnütz, als proceßhemmend“⁸³⁹.

Man könnte hier nun unterschiedliche Staats- und Gesellschaftskonzeptionen vermuten, die in den Ideen vom Aufgabenbereich der Staatsanwaltschaft kollidierten. Danach war man entweder für oder gegen den „Grundsatz, daß die Staatsbehörde [...] überall einzugreifen habe, wo die Gesellschaft als solche [...] oder sonst irgendein höheres Staats-Interesse in Frage steht“⁸⁴⁰. Es ließe sich also vermuten, dass an dem Probiestein um zivilprozessuale Kompetenzen der 'Staatsbehörde' sich ein Streit zwischen den Anhängern einer omnipotenten, staatlichen Ordnungsmacht und den Vertretern eines bürgerlich-freiheitlichen Privatrechts entfachte.

Freilich war 1850 der ausgegebene Ordnungsanspruch nicht mehr gleichzusetzen mit demjenigen eines absolutistischen Herrschers. Er unterlag bereits konzeptionellen Einschränkungen, wie sie mit dem liberalen Staatsmodell bekannt und auch bei Befürwortern des omnipotenten „Grundsatzes“ sichtbar wurden: Der staatsbehördliche Eingriff musste gesetzlich vorformuliert oder gerechtfertigt werden;

837 So passim und mit den Zitaten Wehler (1987/2008), Bd. 1, 229 ff.

838 Etwa bei Müller (1825), passim.

839 So die Wiedergabe bei Frey (1850), 42.

840 Frey (1850), 42.

er bedurfte zudem einer Begründung durch die Interessenlage. Überhaupt wurde er nur denkbar als ein Eingriff, also in etwas bereits Bestehendes. Außerdem kannten die Konzepte eines freiheitlichen Privatrechts ihrerseits Abstufungen jeglicher Couleur.⁸⁴¹ Darunter fand eine bedingungslose, unbeschränkte Freiheit als privatrechtliches Prinzip kaum Anhänger⁸⁴².

Man kann sich also fragen, wo genau in den vermeintlich 'klassischen' Debatten zu Staat und Gesellschaft, Ordnung und Freiheit, Etatismus und Liberalismus die Grenzverläufe lagen und was von all dem Projektionen späterer Interpreten sind. Es lässt sich zumindest festhalten, dass eine Staatsanwaltschaft im Zivilprozessrecht bei den deutschen Juristen sowohl Fürsprecher als auch Gegner hatte. Gemeinsam teilten sie allerdings den Zustand der bürgerlichen Gesellschaft, in dem sie die grundsätzliche Trennung von Staat und Gesellschaft voraussetzten, unabhängig davon, ob sie darin politische Gegensätze sahen oder nicht.

Unter diesen Bedingungen zählte etwa Frey zu den Befürwortern einer Staatsanwaltschaft im Zivilprozess. Als Aufhänger für seine und ähnliche Argumentationen diente oft die französische Behörde, das *ministère public*. Mit dieser rekurierte man auf eine Einrichtung des napoleonischen Kaiserreichs, die in jedem Zivilverfahren als 'partie jointe' teilnehmen konnte und in bestimmten Familien- und Sozialsachen als 'partie principale' maßgebliche Vertreterin war. Allerdings bot die französische Behörde ihren deutschen Fürsprechern nicht durchgängigen Grund zur Hoffnung. Frey musste nach ihrem eigentlichen Nutzen in den „reinen Privat-Sachen“ fragen, denn in den französischen Gerichtssälen sah er: „Die Staatsbehörde kann nicht mehr thun als – sprechen. Die Richter können ja stets ihre [staatsbehördlichen] Meinungen verwerfen.“⁸⁴³ Die Entscheidungsmacht lag jedenfalls nicht bei den Vertretern des *ministère public*, und das ließen die Richter sie spüren. Aus Paris berichtete Frey, dass die Richter während der Conclusion des Staatsanwalts – damit stellte dieser mündlich seine Anträge während der Verhandlung – in aller Regel ihre „furchtbare Langeweile durch Zeitungslesen, oder durch eine kleine Siesta oder durch Handzeichnungen zu vertreiben“ suchten.⁸⁴⁴

841 Vgl. Hofer (2001), passim.

842 Hofer (2001), 276 f. Sie nennt unter den Juristen nur Lenz als Vertreter der Idee einer „absoluten Willensmacht“; seine Konzeption sei „nicht klar durchdacht“ gewesen und in ihrer Begründung durch den Verweis auf Vernunft autoritär abgebrochen worden, 60; entsprechend konnte Hofer in der nationalökonomischen Debatte lediglich John Prince-Smith ausmachen, der als einziger Freiheit als „Lebensprinzip des Marktes“ verstanden habe, 81.

843 Frey (1850), 49.

844 Frey (1850), 46.

Hofgerichtsrat Gerau hingegen war, anders als Frey, ein Gegner des französischen Konzeptes. Aus dem an der badischen Grenze gelegenen, südhessischen Darmstadt wagte er sich 1849 aus der Deckung. Er machte Müller, der 1825 die Orientierung an der französischen Behörde umfassend auch für die Zivilverfahren angepriesen hatte, als den „begeisterten Lobredner dieses Instituts“⁸⁴⁵ schlechthin aus. Selbst jemand wie Müller, so Gerau, könne aber nicht übersehen, dass ein wesentlicher Unterschied zum französischen Prozess darin bestehe, wie „die Stellung unserer Richter“ sei: Der deutsche Richter zeichne sich dadurch aus, dass er in „Gehalt, Unabhängigkeit und intellektueller Selbstständigkeit eine weitaus kräftigere und zuverlässigere“ Stellung als der französische inne habe.⁸⁴⁶ Aufgrund der 'neuen Richterpersönlichkeit'⁸⁴⁷ an den deutschen Gerichten könne der französische Staatsprokurator aus dem *ministère public* nicht einfach übertragen werden. Gerau sprach wohl selbst, wenn er vorsichtshalber Feuerbach zitierte: Ein solcher Staatsanwalt, „der Staatsprokurator in französischrechtlicher Ausdehnung“, trete der Würde und Selbstständigkeit der Gerichte zu nahe.⁸⁴⁸ Denn: „Der Staat hat an bürgerlichen Rechtssachen [...] kein Recht der Einmischung.“⁸⁴⁹ Die „verfassungsmäßige“ Unabhängigkeit der Gerichte sei nichts weniger als das „Unterpfand bürgerlicher Freiheit und Wohlfahrt“. So wollte Gerau erreichen, dass der Staatsanwalt in bürgerlichen Rechtssachen in seinem „Wirkungskreis“ nur unter „Fernehaltung des Uebermaßes“ eingeführt werden würde.⁸⁵⁰

In den deutschen Partikularstaaten griff man trotz politischer Einwände, wie sie Gerau erhoben hatte, und trotz ernüchternder Beobachtungen, wie sie Frey in der Pariser Gerichtspraxis hatte machen können, auf eine zivilprozessuale Staatsanwaltschaft zu. Dabei ergab sich zunächst ein ähnlicher Facettenreichtum, wie er auch in der behördlichen Organisation und im Dienstrecht bestand.

Während man etwa an einer bayerischen Zivilprozessordnung arbeitete, war die Mitwirkung des Staatsanwalts eine der „bis zuletzt strittigen Fragen“⁸⁵¹: „Aus einer von den Parteieninteressen geleiteten Sicht wurde für die Staatsanwaltschaft

845 Gerau (1849), 325.

846 Gerau (1849), 325.

847 So mit Hocks (2002), 190 f.: „Selbstbewußtsein, Sachlichkeit, Offenheit und Mut“.

848 Der Würde und Selbstständigkeit der bürgerlichen Zivilgerichte wohlgerneht; Gerau (1849), 326; 339.

849 Gerau (1849), 341.

850 Gerau (1849), 329.

851 Ahrens (2007), 535.

lediglich eine limitierte Spezialkompetenz verwirklicht.“⁸⁵² Für die starke Einschränkung der Rolle der Staatsanwaltschaft im Zivilprozess sei ausschlaggebend gewesen, dass jener grundsätzlich als ein kontradiktorisches Verfahren verstanden wurde, in dem die offene Führung von Parteiinteressen nicht nur legitim, sondern erforderlich war. Die widerstreitenden Parteiinteressen seien auf eine Repräsentation durch die Staatsanwaltschaft nicht angewiesen, sondern könnten sich im Gegenteil auf vorteilhaftere Weise am besten selbst vertreten. In den Entwürfen zur bayerischen ZPO hatte man auch eine Beteiligung der Staatsanwaltschaft an Vormundschaftssachen und Verfahrensfragen vorgesehen, materiellrechtliche Kompetenzen hingegen kaum.⁸⁵³

Anderes sollte im Herzogtum Braunschweig gelten, wo die Staatsanwaltschaft „umfangreiche“ zivilprozessuale Kompetenzen bekam.⁸⁵⁴ Dieser Befund steht zumindest für die gesetzlichen Anordnungen in der CPO (1850) und im GVG (1849). Die darin konzipierte Staatsanwaltschaft lässt sich als Mitbestimmungsorgan in den gerichtlichen Verfahren beschreiben. Der Staatsanwalt sollte sich am Zivilprozess beteiligen, indem er etwa Gutachten zur richterlichen Entscheidung abgab⁸⁵⁵ oder Beweismittel in den Prozess einführte⁸⁵⁶. Als allgemeines Dogma oblag ihm dabei die Verfolgung des öffentlichen Staatswohls⁸⁵⁷, wie es Kondensat der reformabsolutistischen Herrschaftslehre war. Dieses Staatswohl zu vertreten konnte man den Richtern unter dem Aspekt der Unparteilichkeit bereits nicht mehr zumuten. In der Braunschweiger Verfahrenspraxis kamen die Staatsanwälte diesen Aufgaben allerdings kaum nach. Jeweils 1864 und 1873 sahen sich die Oberstaatsanwälte genötigt, über Reskripte zur zivilprozessualen Aufgabenerfüllung anzumahnen⁸⁵⁸. Trotz gesetzlicher Vorschriften, trotz dienstlicher Aufforderungen durch Vorgesetzte und trotz wohl auch zur Genüge vorhandenem rechtspolitischem Eigeninteresse⁸⁵⁹ blieben die Staatsanwälte in den zivilrechtlichen Verfahren unbeteiligt oder stumm: An den Untergerichten wagten lediglich die noch in Beruf und Arbeitsaufwand

852 Ahrens (2007), 545.

853 Ahrens (2007), 517.

854 Henne (1995), 153.

855 Henne (1995), 154.

856 Henne (1995), 153.

857 Henne (1995), 153.

858 Henne (1995), 154 ff.

859 Man setzte sich seitens der Staatsanwaltschaft für eine Erweiterung der staatsanwaltschaftlichen Kompetenzen in Ehescheidungs- und Entmündigungssachen ein, Henne (1995), 155.

unerfahrenen jüngeren Staatsanwälte als Nebenpartei aufzutreten; der Oberstaatsanwalt konnte dies nicht – selbst wenn er wollte – weil er sein spärliches Personal in den Strafverfahren einsetzen musste.⁸⁶⁰ Bezeichnenderweise war „einer der seltenen Fälle, bei dem die Staatsanwaltschaft Einfluß auf den [damals noch zivilprozessual ausgestalteten] Verwaltungsrechtsschutz hatte“⁸⁶¹, ein Konflikt um ein städtisches Statut mit Strafandrohung. Unter justizhistorischen Gesichtspunkten besehen, drehte sich dieser Konflikt um die Prüfungskompetenzen der Gerichte in Bezug auf Verordnungen. Damit stritt man sich um Entscheidungshoheit und Machtzugeständnisse zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit. In jenem Fall war das Interesse der Staatsanwaltschaft, den Verfahrensgang mitzubestimmen, jedoch von einer spezifischen Lage indiziert. Denn man stritt nicht nur um die (Nicht)Anwendung irgendeiner, sondern um die einer strafenden Verordnung. Die staatsanwaltschaftlichen Ressourcen im Zivilprozess scheinen hier also ausnahmsweise eingesetzt worden zu sein, weil die Geltung von Strafrecht tangiert war.

Auch die Hannoveraner bürgerliche Prozeßordnung (November 1850) normierte, dass der Staatsanwalt an Sachen der öffentlichen Ordnung, nämlich bei Zuständigkeitsentscheidungen und in Vormundschaftssachen mitwirken solle.⁸⁶² Die zeitgenössischen Begleitstimmen wiesen darauf hin, dass der napoleonische Code de procédure civile für Hannovers Recht Modell gestanden hatte. Wie schon erwähnt, nahmen an den französischen Gerichten die Staatsprokuratoren in Zivilverfahren sowohl eine bestimmende Rolle als *partie principale* als auch eine begleitende Rolle als *partie jointe* ein. Für Hannover machte man dann aber an dieser Konzeption mehrere Abstriche, die zunächst bereits unmittelbar an dem französischen Rollenmodell ansetzten. Die Hannoveraner Kronanwälte sollten in Zivilverfahren nur als *partie jointe* auftreten. Sie waren in dieser Rolle zudem, anders als in Frankreich vorgesehen, aus der alltäglichen Arbeit an den Amtsgerichten exkludiert: Sie sollten nur an den Obergerichten und am Oberappellationsgericht, eben in „wichtigen Rechtssachen“, mitwirken.

860 Henne (1995), 154, macht „nur einzelne jüngere Staatsanwälte“ aus, die „als Nebenpartei aufgetreten“ sind; 155: „Dem Ober-Staatsanwalt stand jedoch nur ein einziger Gehilfe zur Seite“, ihm „fehlte es an Personal.“

861 Henne (1995), 100; dort die Darstellung des Streites und auch die Hinweise auf die Veröffentlichung der dazugehörigen Urteile in der 'Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogthume Braunschweig'.

862 Ahrens (2007), 458; und folgende Zitate, bis wieder anders benannt; s.a. Knollmann (1994), 198 ff.

„Bereits nach dem Urteil der Zeitgenossen“ stand allerdings fest, dass der „erwünschte, ausgedehnte Umfang“ der Kronanwaltschaft im Zivilverfahren diametral zu seiner praktischen Wahrnehmung und Durchsetzung konzipiert war.⁸⁶³ Dass die Kronanwaltschaft ihre Vertreter auch in Verhandlungen an den Zivilgerichten entsandte, wird eher als fürstlicher Wunsch begriffen und den Motiven und Intentionen, die mit dem Erlass der ZPO verbunden waren, zugeordnet. In der Umsetzung zeigte sich nämlich, dass die „neuerrichtete Staatsanwaltschaft [...] aus Haushaltsgründen“ nur wenig Personal zur Verfügung gestellt bekommen hatte.⁸⁶⁴ Ähnlich wie im Herzogtum Braunschweig konzentrierte man spärliches Personal im Königreich Hannover auf die obligatorische Arbeit in Strafverfahren. Die „fakultative Befugnis“⁸⁶⁵ für die Zivilverfahren ließ man eine fakultative bleiben. Diese Lücke in der Aufgabenerfüllung schien den fürstlichen Gesetzgeber nicht weiter zu stören, denn sie löste bei ihm keine ernstzunehmende Reaktion, wie etwa eine zielgerichtete Erhöhung der staatsanwaltschaftlichen Personalkapazität, aus.

Diese Minimierung des französischen Modells setzte sich kontinuierlich fort. Weitere Staatsvertreter zusätzlich zum Richter in den Zivilverfahren einzusetzen, wurde zum Auslaufmodell. Im Königreich Sachsen, das den Historikern allgemein als progressiv gilt, hatte man in dem Entwurf einer Zivilprozessordnung die Staatsanwaltschaft ohne weitere Einlassungen oder Begründungen „ganz bei Seite gelassen“⁸⁶⁶ – und das, obwohl die umfangreiche staatsanwaltschaftliche Aufgaben vorschreibende Hannoveraner Prozessordnung als Vorbild gegolten hatte.

Zivilprozessuale Zuständigkeiten der Staatsanwaltschaften in den Territorialstaaten erwiesen sich damit ab der Mitte des 19. Jahrhunderts ohne einen passenden Behördenunterbau zur praktischen Umsetzung als symbolische Gesetzgebung.

Vielleicht gilt für die preußische Staatsanwaltschaft aber etwas anderes. Schon vor ihrer Einrichtung als Behörde für den Strafprozess hatte man 1844 einem Staatsanwalt die Kompetenz eines sogenannten „Eheverteidigers“ im zivilprozessual gestalteten Ehescheidungsverfahren zugeteilt.

863 Knollmann (1994), 202.

864 Knollmann (1994), 202.

865 Knollmann (1994), 202.

866 Berninger (1861), 4.

I. Der Eheverteidiger

Als „Eheverteidiger“ übernahm der Staatsanwalt Rolle und Funktion einer Prozesspartei in Ehescheidungssachen. Wie wichtig diese Kompetenz war, zeigt sich daran, dass sie als eigener Reformgegenstand in den preußischen Gesetzesrevisionsarbeiten konkret ausgehandelt wurde und dort – wie auch später – die rechtspolitische Debatte der Juristen zur Staatsanwaltschaft im Zivilprozess bestimmte. Andere zivilprozessuale Kompetenzen der Staatsanwaltschaft, etwa im Konkursverfahren oder in Vormundschaftssachen, weckten kaum Interesse, und an ihnen entzündete sich auch kein Streit. Der Staatsanwalt als Eheverteidiger hingegen war später noch ein Brennpunkt in Debatten zur ReichsCPO. Auch blieb er noch sehr lange als gesetzliche Vorschrift, bis in die Bundesrepublik hinein, erhalten.

Als Eheverteidiger sollte der Staatsanwalt in Scheidungsfällen das öffentliche Interesse vertreten und wahrnehmen. Damit teilte man ihm die Aufgabe eines durch die Einführung der Zivilehe bedingten, säkularen defensor matrimonii zu. Mit diesem übernahm der Staat eine Figur aus dem kanonischen Prozessrecht, die allerdings selbst noch relativ jung war. Erst 1741 hatte der Papst den klerikalen defensor matrimonii für die Ehescheidungsverfahren an der Rota Romana, dem Berufungsgericht der katholischen Kirche, einrichten lassen und damit versucht, den „immer häufiger auftretende[n] Misstand“ zu „beseitigen, Ehen zu leichtfertig und schnell für nichtig zu erklären“⁸⁶⁷. Der defensor matrimonii hatte im kanonischen Prozess also die Aufrechterhaltung der Ehe als Dogma.⁸⁶⁸

Die Adaption des favor matrimonii⁸⁶⁹ in das zivile staatliche Recht erfolgte in Preußen materiell über die Einführung und Neuordnung von Scheidungsgründen; die prozessuale Entsprechung war der Staatsanwalt als Eheverteidiger. Am Berliner Kammergericht wurde „eine besondere, 'Ehegericht' genannte, Deputation zur Bearbeitung“ der Scheidungsklagen eingerichtet.⁸⁷⁰

867 Killermann (2009), 135. Dazu auch Lüdicke (1990), 513: Benedikt XIV. beklagte: „Vierte Ehen seien keine Seltenheit“, Ehen würden „oft sogar ohne Nachprüfung der Sachlage [...] für nichtig erklärt“, selbst wenn „nur eine der Parteien vor Gericht erscheine“; die „widerstrebende Partei“ lasse „sich nach dem Urteil bestechen“ oder würde „von vornherein nur scheinbar Widerstand leisten“. Die 'Spezialisierung' der Rota auf Ehenichtigkeitssachen ging mit ihrem parallel erfolgenden Bedeutungsverlust als allgemein anerkannte Gerichtsbarkeit einher.

868 Lüdicke (1990), 513, zitiert wieder Benedikt XIV.: Der defensor matrimonii habe „alles anzuführen, was [...] [er] zur Erhaltung der Ehe für notwendig erachte“. Er solle gegen jedes Ehenichtigkeitsurteil Berufung einlegen, 514. Aus „Gewissensgründen“ konnte der defensor sogar bis in die dritte Instanz Berufung einlegen, 515.

869 Den versteht Blasius (1987), 62 als „religiös motivierten Eheerhaltungsrigorismus“.

1. „Überwachungsorgan“ ohne Rechtsmittel

Der Staatsanwalt in Ehescheidungsverfahren fand seinen prominentesten Befürworter in Friedrich Carl von Savigny. Savigny ist der deutschen Rechtswissenschaft ihr Zivilisten“fürst“⁸⁷¹ geworden. Dem Strafrecht ist er hingegen der eher erfolglose Praktiker in Person des preußischen Ministers für Gesetzesrevision gewesen.⁸⁷² Zwischen diesen durch wissenschaftliche Systematik einerseits und organische Sittlichkeit andererseits, durch Privatrecht und Öffentliches Recht abgesteckten Grenzen mäanderte bei Savigny das Familienrecht⁸⁷³. Es schloss, einem Probestein für diese Grenzen gleichkommend, das Ehescheidungsrecht mit ein.

Mit jenem setzte sich Savigny öffentlich 1844 in seiner „Darstellung der in den Preußischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform“ auseinander. Diesem „Rechenschaftsbericht“⁸⁷⁴ waren zähe Streitigkeiten und diverse Gesetzesentwürfe zur Neuordnung des preußischen Ehe- und Scheidungsrechts vorausgegangen. Das Problem von Familie und Ehe, das man über den Weg des Rechts zu verhandeln und zu lösen versuchte, war von hoher sozialer sowie ökonomischer Komplexität⁸⁷⁵ und wurde in politischen Kreisen als höchst aktuelle Bedrängnis wahrgenommen. Auf die „zahlreichen Scheidungen“ im Vormärz reagierte man seitens der Staatsregierung damit, dass man die Ehe zum „Systemparadigma des [...] favorisierten christlichen Staates“ und Scheidungen zum „Menetekel des Staatslebens“ erhob.⁸⁷⁶ Die betroffene staatspolitische Frage lief auf nichts weniger hinaus als auf die Ausbalancierung des Verhältnisses zwischen Kirchen und preußischem Staat. Die maßgeblichen Trennungslinien waren hierbei

870 Holtze (1913), 208 f. Holtze führt den Rücktritt des Kammergerichtspräsidenten Grolman auf diesen Umstand zurück – dieser habe sich „dieser neuen Richtung“ versagt; 209. Zur – auch von Karl Marx in der Rheinischen Zeitung geäußerten – Kritik an den preußischen Reformversuchen in Ehesachen: s. Blasius (1992), 61 f.

871 Lahusen (2013), 139 ff. und passim.

872 Über Erfolg oder Misserfolg von Savigny im Ministeramt streiten sich im Geiste: Adolf Stölzel, Wolf-Christian von Arnswaldt, Jürgen Regge, Peter Collin, Werner Schubert und Benjamin Lahusen; s. Arnswaldt (2003), 2 f., passim; und Lahusen (2013), 117–128; 164, Fn. 36.

873 Grundlegend zu Savignys Konzept des Familienrechts: Auer (2014), 83 ff. Zur ideellen Basis der Familie bei Savigny, zu seinem Konzept des Eherechts und dessen Rezeption: Dörner, Heinrich: Industrialisierung und Familienrecht. Die Auswirkungen des sozialen Wandels dargestellt an den Familienmodellen des ALR, BGB und des französischen Code Civil, Berlin 1973, 82 ff. Zum Eherecht bei Savigny: Buchholz (1979), passim; und Blasius (1995), 174 f.

874 Den Text habe Savigny als Rechenschaftsbericht anlässlich des eher mageren Ergebnisses seiner Reformvorschläge im materiellen Eherecht platziert, Buchholz (1979), 166.

875 Mund (2008), 26–34.

876 Blasius (1995), 170 f.; die Anzahl der von Gerichten getrennten Ehen habe sich im Vormärz jährlich auf etwa 3000 Fälle belaufen, 170; mit Verweis auf Blasius (1992), 35 ff.

allerdings, gerade in konfessioneller Perspektive, von konkurrierenden Dogmen und Lagern bestimmt. Hinzu traten in der Reformarbeit praktische Störfaktoren wie persönliche Konkurrenzen und Differenzen in den preußischen Ministerien.

Der Versuch, diese so zusammengesetzte Melange mit materiellem Recht zu ordnen, scheiterte schrittweise. Jedenfalls schrieb Savigny als Revisionsminister 1842 in einem Gutachten an König Friedrich Wilhelm IV., dass die „Abänderung der materiellen Gesetzgebung [...] in dem gegenwärtigen Zeitpunkt doch nicht zu einem völlig befriedigenden Resultat geführt werden könnte“.⁸⁷⁷ Auf ein Resultat einigte man sich dann doch, nämlich auf eine Änderung des Verfahrens in Ehe- und Scheidungssachen, durch Verordnung vom 28. Juni 1844. Treibende Kraft für diesen Schritt war der König, der erklärt hatte, dass er es für „weniger nothwendig“ halte, „Aenderungen in der materiellen Gesetzgebung vorzunehmen, als den Ehescheidungs-Prozeß zu modifiziren“.⁸⁷⁸ Damit verfolgte er eine Strategie, wie er sie auch in den Revisionsarbeiten zum Strafrecht einsetzte. Auch dort stand am Ende als tragbarer Kompromiss einerseits und praktisch durchsetzbare Lösung andererseits der Vorschlag einer Verfahrensänderung, mit der dann die Staatsanwaltschaft als Behörde etabliert wurde.

Dass sich damit die materiellen Probleme angesichts ihrer Komplexität in eine prozessuale Lösung flüchteten, bleibt zu vermuten. Allerdings zog dieser Punkt, meist mit Verweis auf die Ordres des Königs, durchaus auch als Argument in die noch verbleibenden Reformdebatten ein: Die Konzentration auf „die Form des Verfahrens“⁸⁷⁹ blieb als gemeinsamer Nenner und konkretes Resultat der Gesetzgebungsvorhaben übrig.

Im Verlauf dieser auf das Eheverfahren konzentrierten preußischen Revisionsarbeiten verschob sich das Konzept des „Eheverteidigers“. Noch in einem Entwurf zu einer Verordnung über die Ehescheidungen vom Juli 1842 bestellte man den Eheverteidiger aus den Mitgliedern des Ehegerichts selbst. Dieser defensor sollte sein richterliches Amt für die Dauer des jeweiligen Prozesses ruhen lassen. Von ihm erwartete man die volle materielle Vertretung des favor matrimonii.⁸⁸⁰ Kurz

877 Zitat bei Schubert (1985), XLI.

878 Zitat aus dem Protokoll der 1. Sitzung der Gesetzeskommission unter Savigny, am 8. September 1842, bei Schubert (1987), 719; so auch schon sein Vorgänger Friedrich Wilhelm III., Blasius (1995), 173: „Der preußische Thronfolger [...] konzentrierte sich schon zu diesem Zeitpunkt [1835] auf das 'Verfahren bei Ehescheidungen'.“

879 So auch Savigny in seinem Gutachten 1842 an den König, Zitat bei Schubert (1985), XLI.

880 Entwurf einer Verordnung über Ehescheidung vom Juli 1842 aus dem Ministerium für Revision der Gesetze, § 4; bei Schubert (1985), 618.

darauf zeigte sich, dass ein Eheverteidiger „im Allgemeinen“ zwar ausdrücklich begrüßt wurde, seine Rekrutierung aus dem Richterbestand hingegen „Bedenken“ ausgesetzt war: Schwerlich könne man „dieselben Männer bald als Richter bald als Partheien in demselben Gerichte auftreten [...] lassen“.⁸⁸¹ Als weitere Möglichkeit der personellen Besetzung stand die Beleihung von Justizkommissarien zur Diskussion, denen aber strukturelles Misstrauen entgegen schlug – als Vertreter, Diener und Nutznießer der privaten Parteiinteressen könnten sie eine Eheverteidigung von Amtswegen kaum übernehmen, ihre generelle Verbindung zur Mandantschaft sei zu tiefgreifend.⁸⁸²

Man einigte sich schließlich mehrheitlich auf eine dritte Möglichkeit als Lösung – nämlich darauf, „die Uebertragung dieser Funktion [des Eheverteidigers] an besondere Beamte“ vorzunehmen.⁸⁸³ Wie genau diese besonderen Beamte zu organisieren seien, stand noch in den Sternen. „Bedenken, daß dies schwer ausführbar seyn dürfte“ wurden jedenfalls beseitigt, indem man ihnen weitere Aufgaben aus dem Geschäftsbereich des Familienrechts⁸⁸⁴ zuweisen wollte und daran dachte, institutionell etwas Drittes durch „eine Wiederherstellung des alten Fiskalats, in Uebereinstimmung mit dem Rheinischen öffentlichen Ministerium“⁸⁸⁵ zu erschaffen. Eine solche Institution sei „überhaupt [...] zu wünschen“.⁸⁸⁶ Das Stichwort einer Staatsanwaltschaft fiel hier freilich noch nicht explizit, und so nannte auch der „Entwurf eines Gesetzes über Ehescheidung“ vom Oktober 1842 nur den Eheverteidiger.⁸⁸⁷

881 Aus der Verhandlung der Gesetzeskommission am 8. September 1842; bei Schubert (1987), 723. Blasius (1987), 65 f., macht dafür, dass man nicht auf Richter zurückgreifen wollte, als weiteres Motiv den beträchtlichen „Arbeitsanfall bei den Gerichten“ in Scheidungssachen aus und liefert Zahlen aus dem Jahr 1840.

882 Man einigte sich darauf, „daß die Vertheidigung der Ehe von Amtswegen nicht wohl in den Händen von Männern seyn könne, die im Dienste der Partheien Eheprozesse anzustellen hätten, oder, wenn man den Ehevertheidigern dies etwa untersagen wollte, doch durch ihre ganze Stellung in die Privat- und Familien-Verhältnisse der Partheien oft tief verwickelt wären“; bei Schubert (1987), 723.

883 Schubert (1987), 724.

884 Schubert (1987), 724: Es würden sich „für Beamte dieser Art Geschäfte genug, die man jetzt minder passend den Justiz-Kommissarien antrüge, finden [...], z.B. Provokationen auf Blödsinnigkeits-Erklärungen und dergleichen“.

885 Schubert (1987), 724.

886 Schubert (1987), 724.

887 Schubert (1987), 978: § 9 des Entwurfes: „Der Ehevertheidiger ist zu allen Prozessen, welche die Scheidung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe zum Gegenstand haben, durch alle Instanzen von Amts wegen zuzuziehen und als Gegner der Parthei, welche die Scheidung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe in Antrag bringt, anzusehen“.

Zwei Jahre später, 1844, legte man dann allerdings in dem „Entwurf einer Verordnung über das Verfahren in Ehesachen“ fest, dass ein „Staats-Anwalt“ zu bestellen sei.⁸⁸⁸ Sein explizites Dogma war die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses. Über diesen Begriff habe man gewissermaßen als Einfallstor bereits für den Zivilprozess festgelegt, was dann später auch im Strafprozess gelten sollte: Das „öffentliche Interesse“ als „Bezugspunkt des staatsanwaltschaftlichen Handelns“ sei mit der Haltung der preußischen Staatsregierung zur Ehescheidungsfrage „auf eindeutig konservative Wertpositionen festgelegt“ worden.⁸⁸⁹ Dem entspreche, dass man den Staatsanwalt in Ehescheidungssachen allgemein „als eine Art Überwachungsorgan“ verankert habe,⁸⁹⁰ um „den Willen zur Ehescheidung administrativ zu zähmen“⁸⁹¹.

Gerade an einer bestimmten, wichtigen Kompetenz des potentiellen 'Überwachungsorgans' entwickelte sich in den Sitzungen der Gesetzeskommission aber ein Konflikt. Die Befugnis des Staatsanwaltes, Rechtsmittel einzulegen, war alles andere als unumstritten und wurde, entgegen dem ursprünglichen Vorhaben des Königs, nicht umgesetzt.

Der Verordnungsentwurf von 1844 hatte eine Rechtsmittelbefugnis noch vorgesehen.⁸⁹² Über die entsprechende Regelung stritt man sich dann in der Sitzung der Gesetzeskommission am 15. Mai 1844: Die Einführung eines Staats-Anwalts mit Rechtsmittelbefugnis führe dazu, dass sich „eine Angelegenheit, welche bisher bloß Rechtssache unter den Eheleuten gewesen [sei], in eine Art öffentliche Rechtssache“ verwandle und deswegen eine materielle Regelung und keine rein prozessuale Änderung mehr sei.⁸⁹³ Dem wurde widersprochen: Schon nach dem ALR sei die Scheidung keine Privatangelegenheit gewesen, nur sei bisher die „Wahrnehmung des öffentlichen Interesses bei Aufrechterhaltung der Ehe [...] dem erkennenden Gericht allein überlassen gewesen; jetzt werde für diesen Zweck ein besonderer Beamter angeordnet.“ Das modifiziere materielles Recht ebenso wenig wie es etwa

888 § 4 des Entwurfes: „Bei jedem Ehegerichte erster Instanz ist ein Staats-Anwalt zu bestellen, welcher in den Prozessen wegen Scheidung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe, durch alle Instanzen das öffentliche Interesse wahrzunehmen hat [...]“; Schubert (1987), 978.

889 Blasius (1987), 65.

890 Blasius (1987), 65.

891 Blasius (1987), 66.

892 § 7: „Er ist in solchen Prozessen (§ 6) zu allen Erklärungen und Anträgen, welche sich auf die Aufrechterhaltung der Ehe beziehen, insbesondere auch zu Rechtsmitteln in diesem Sinne, ermächtigt“; Schubert (1987), 978.

893 Schubert (1987), 990 f.

das neue Beweisrecht tue.⁸⁹⁴ Später im Staatsrat beschloss man plenarisch, dass der Staatsanwalt zwar eingeführt werden, aber keine Rechtsmittelbefugnis erhalten solle⁸⁹⁵. Der Berichterstatter des Königs war in diesem Fall Gustav von Rochow. Er versuchte, den ganzen Vorgang als einen eigentlich gelungenen zu verkaufen.⁸⁹⁶ Denn die Ablehnung in der Gesetzeskommission habe sich zu Beginn noch auf den Staatsanwalt an sich bezogen, sei dann aber auf die Rechtsmittelbefugnis umgelenkt worden. Wenn diese nun wegfalle, sei dieser Verlust zu verkraften; schließlich habe dem Richter nach dem ALR auch keine Rechtsmittelbefugnis zugestanden. Außerdem verwies Rochow auf das Rheinische Recht, das eine Rechtsmittelbefugnis des Staatsanwalts in Scheidungssachen nicht kenne, jener aber dort in seiner „hohen Bedeutung und Wirksamkeit allgemein anerkannt“ sei. Am 28. Juni 1844 wurde die so modifizierte Verordnung schließlich erlassen. Der König hatte auf die Rechtsmittelbefugnis verzichtet – vielleicht, um überhaupt einen Staatsanwalt im Ehescheidungsverfahren unterbringen zu können.

Dass der Staatsanwalt nach der neuen Verordnung als partie jointe „zu den vorkommenden Verhandlungen von Amtswegen zuzuziehen“ und „zu allen Erklärungen und Anträgen, welche sich auf die Aufrechterhaltung der Ehe beziehen, [...] bemächtigt“ sei,⁸⁹⁷ sprach für seine Aufgabe als 'Überwachungsorgan'. Die administrative Zählung der Scheidungswilligen und ihrer Richter über einen gesonderten Vertreter des öffentlichen Interesses war auch von Savigny befürwortet worden. Er hatte dafür plädiert, dass in Ehescheidungssachen „jenes öffentliche Interesse geradezu als Partei anerkannt, also im Prozeß selbst personifiziert wird. Das Bedürfnis und der Vortheil einer solchen Einrichtung ist [...] anerkannt worden.“⁸⁹⁸ Zur Legitimation jener Stellvertretung führte er an: „Die Erwägung dieses öffentlichen Interesses führte auf die Gefahr der Collusionen und dadurch auf das Bedürfnis, gewisse sonst geltende Beweisregeln auszuschließen, und dem Richter eine freiere Stellung zu übertragen.“⁸⁹⁹ Die freie Beweiswürdigung des Richters wurde also hier, in Ehescheidungssachen, notwendig mit einer zusätzlichen „das öffentliche Interesse

894 Schubert (1987), 991.

895 Schubert (1987), 997.

896 Alle folgenden Zitate bei Schubert (1985), LI, bis wieder anders benannt.

897 § 6 des Entwurfes; Schubert (1987), 978.

898 Savigny (1850), 327 f.

899 Savigny (1850), 327.

vertretenden Person⁹⁰⁰ verknüpft. Damit waren neben den Scheidungswilligen auch die Richter überwacht.

Das ist derselbe Grundtenor, den Savigny und Müller wenig später auch bei der Einrichtung der Staatsanwaltschaft im Strafprozess anstimmten. Mit ihm traf man offensichtlich den Nerv der Zeit. Ein Vergleich mit dem Strafprozess⁹⁰¹ kann allerdings insofern irreführen, als der Prozess, das materielle Recht und das juristische Denken in Criminal- und Civilsachen zu jener Zeit noch nicht in der Dichotomie getrennt waren, wie sie Mitte des 19. Jahrhunderts mit einem „magistralen Schlußstrich“⁹⁰² zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht erst vollzogen wurde. Das „öffentliche Interesse“, auf das es bei der staatsanwaltschaftlichen Kompetenz in Ehescheidungs- und in Strafsachen ankam, hatte einen Anspruch auf Omnipräsenz. Es unterschied sich noch nicht in ausdifferenzierte Rechts- oder Verfahrenszweige. In puncto Ehescheidungssachen ergab sich dann allerdings selbst für die personalisierte Vertretung des Schlußstrichs zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, Friedrich Carl von Savigny,⁹⁰³ eine Grauzone, die ihre Kraft aus dem spezifisch bei Ehesachen indizierten öffentlichen Interesse bezog.

Savignys Konzept verdeutlichte, dass die Problemlagen sich nicht primär durch die Prozessart, sondern durch das öffentliche Interesse bestimmten. Ähnlich wie im Strafverfahren musste man die Parteilichkeit des Staatsanwalts auch in Ehescheidungssachen verschwinden lassen: „Es war anfangs für die das öffentliche Interesse vertretende Person der Name Eheverteidiger vorgeschlagen worden; dieser wurde aber gegen den Namen Staatsanwalt vertauscht, weil jener Name zu dem Mißverständnis führen konnte, als sollte dieser Beamte die Aufrechterhaltung jeder einzelnen Ehe zu bewirken suchen.“⁹⁰⁴ Der Begriff des preußischen Gesetzeswächters fiel hier noch nicht; diese Neuinterpretation klang aber schon an: „Er [der Staatsanwalt] ist aber vielmehr dazu berufen, das Recht und die Würde der Ehe im Allgemeinen zu vertreten, und dieser Beruf wird ihn dazu führen, nur den

900 Savigny (1850), 328.

901 „Die Einführung dieser Prozesspartei führte [...] zu einem dem Strafprozess ähnelnden Verfahren“, Mund (2008), 53; verweist auch darauf, dass die Ähnlichkeit zum Strafverfahren von Savigny „wohl beabsichtigt“ gewesen sei, Fn. 274.

902 Stolleis (1992), 57. Auer (2014) führt Savigny als maßgeblichen Gewährsmann dafür an, dass sich die „inhaltlich verstandene Entgegensetzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht schließlich allgemein“ durchgesetzt habe, 42.

903 Stolleis (1992), 57.

904 Savigny (1850), 328.

unbegründeten Scheidungsklagen zu widersprechen, bei den zweifelhaften aber die Ermittlung der Wahrheit zu überwachen und zu befördern.“⁹⁰⁵ Ähnlich dem Strafprozess sollte der Staatsanwalt in Scheidungsklagen zunächst bei berechtigtem Grund auch gegen die Erklärung und den Willen der Betroffenen das öffentliche Interesse verfolgen, indem er das Scheidungsanliegen widerlegte und damit auf Durchsetzung des *favor matrimonii* drang. Andererseits wollte Savigny den Staatsanwalt in Zweifelsfällen zum neutralen, auf Wahrheit verpflichteten Wächter berufen sehen.

Als preußischer Revisionsminister setzte sich Savigny nicht nur im virulent gewordenen Scheidungsrecht, sondern später im Strafverfahrensrecht für die Staatsanwaltschaft ein. Auch in einem nun wahrlich gesellschaftspolitischen Problem schlechthin, der Zensur im Vormärz, war der Staatsanwalt aufgetaucht, an dem neu eingerichteten preußischen Oberzensurgericht. Zu vermuten ist, dass diese Parallelläufe – zwischen virulenten gesellschaftlichen Problemen, die der Justiz zur Lösung anvertraut werden, und dem Einsatz einer Staatsanwaltschaft als Verfahrensbehörde – keine zufälligen sind.

Savigny steht mit seinen Arbeitsfeldern als Revisionsminister insofern beispielhaft für diese Parallelen. Und es ist deutlich geworden, dass sein Konzept einer Staatsanwaltschaft in Ehescheidungssachen sich nicht als eine spezifische, rein zivilprozessuale Einrichtung verstehen lässt; ebenso wenig wie sich die Staatsanwaltschaft naturgemäß nur als reine Strafverfahrensbehörde im Anklagemodus verstehen ließe.

Als praktische Kernaufgabe war es die Pflicht des Staatsanwaltes, „nichtige Ehen, die durch den Richter oder sonst zu seiner Kenntnis kommen, anzufechten“⁹⁰⁶. Das war die einzige explizit aktive Arbeit des Staatsanwaltes in Ehescheidungssachen. Kein Monitoring, kein Begleiten durch Anträge, sondern Anfechten wegen Nichtigkeit. Darin ließe sich eine „Art Überwachungsorgan“ sehen. Ähnlich, wie später bei der Staatsanwaltschaft für das Strafverfahren am Berliner Kammergericht, gab aber auch hier den Anstoß eine virulent gewordene Fallmasse, die mithilfe gerichtlicher Verfahren bewältigt werden sollte.

Das Netzwerk im Polenaufstand, die Presseflut und die Ehescheidungswelle im Vormärz – diese Fallmassen, die der Justiz überantwortet wurden, zogen den

905 Savigny (1850), 328.

906 § 5 des Entwurfes; Schubert (1987), 978.

Einsatz von Staatsanwälten nach sich. Damit deutet sich etwas an, was in einer rechtspolitisch eher diffamierenden Tendenz in das Schlagwort der Staatsanwaltschaft als 'Mittel der Politik' gepresst wird. Zunächst aber sollen noch einmal die zivilprozessualen Kompetenzen der Staatsanwaltschaft im Mittelpunkt stehen und sei es aus dem Grund, dass sie heute kaum noch bekannt sind.

2. In der ReichsCPO

In den Gesetzgebungsarbeiten zur ReichsCPO stritt man sich heftig um die Kompetenzen der Staatsanwaltschaft in Ehesachen, speziell um den § 545 des Entwurfes.⁹⁰⁷ Er wurde in erster Lesung vollständig gestrichen und in zweiter Lesung abgemildert wieder aufgenommen: Während zunächst eine obligatorische Anwesenheit des Staatsanwalts bei Verhandlungen in Ehescheidungssachen vorgesehen war, beschränkte sich der dann eingebrachte Kompromiss auf eine fakultative Anwesenheit.⁹⁰⁸

Sogleich setzte kompromisslose Kritik ein: Wenn die Mitwirkung des Staatsanwalts nötig sei, weil die Auflösung der Ehe nicht allein dem Willen der Parteien unterliegen solle, dann könne man diese Mitwirkung gerade nicht „in das Belieben der einzelnen staatsanwaltschaftlichen Beamten“ stellen, sondern müsse jene Mitwirkung als eine zwingende vorschreiben.

Der Staatsanwalt selbst erschien in dieser Debatte vor allem als ein unselbstständiges Mittel zum Zweck: „Da es sich nicht empfehle, das Gericht ex officio eingreifen zu lassen“, wünschte sich Otto Bähr, der die Wiederaufnahme des § 545 mit beantragt hatte, „die Mitwirkung des Staatsanwalts“.⁹⁰⁹ Dieser solle als ein „vollkommen geeignetes Organ zur Vertretung [...] die Funktion übertragen“ bekommen, die „nicht im Wirkungskreise des Richters gelegen sei“.⁹¹⁰ Wieder einmal war also der Richter der eigentliche Maßstab. Man beschwerte sich, dass man das Gericht mit einem Ermittlungsauftrag in Scheidungsfällen „in die schiefe Lage setzen“⁹¹¹ werde. Das war, einmal mehr, das Problem der Juristen. Der Richter war

907 Linke (1979), 276.

908 Bei Hahn (II/1880), 1047.

909 Hahn (II/1880), 1048.

910 Bei Hahn (II/1880), 1047.

911 Hahn (II/1880), 1269.

„urtheilender Richter“⁹¹²; in Folge dessen oblag es dem Staatsanwalt, sich „hineinzumischen“⁹¹³.

In Ehescheidungsverfahren sollte er also die Ermittlungstätigkeit in den Fällen übernehmen, in denen nach Aktenlage eine Kollision und das Vorenthalten von Beweisen durch die Parteien vermutet wurde. Er konnte in diesem Sinne gleich einem Parteivortrag neues Material für das Verfahren liefern⁹¹⁴. Gegen diese Kompetenz wurde Widerspruch seitens der Liberalen⁹¹⁵ erhoben: Eine solche Ermittlungskompetenz bedeute, „daß der Staatsanwalt mittels der Polizei in die innersten Geheimnisse der Familie eindringen müßte“. Diesem Vorwurf der Verletzung von Bürgerrechten begegnete man mit Verniedlichung – „frivoles Eingreifen in Familienverhältnisse“⁹¹⁶ – und Beschwichtigung durch die vorgebliche Faktenlage⁹¹⁷. Dagegen führte man wiederum an, dass gerade bei lokaler Nähe des Staatsanwalts, etwa „an kleineren Orten, wo direkte Beziehungen häufiger gegeben seien“, ⁹¹⁸ ein solches Eingreifen wahrscheinlicher werde.

Über ein Jahr später verhandelte man am 10. Mai 1876 erneut über den § 545, da die Regierung sich hartnäckig gezeigt hatte und weiterhin „auf die Mitwirkung des Staatsanwalts in Ehesachen Werth lege“⁹¹⁹. Der Abgeordnete Dr. von Schwarze hatte in den Beratungen ein Jahr zuvor noch nicht eingesehen, „weshalb gerade der Staatsanwalt die geeignete Person sein solle, um zu prüfen, ob eine Ehe noch glücklich werden könne“⁹²⁰. Nun gab er sich geschlagen und dem Regierungsbedürfnis nach, freilich nicht ohne zu erwähnen, dass seinen inzwischen eingeholten Erkundigungen nach „sich der reale Nutzen einer Mitwirkung der Staatsanwaltschaft fast überall auf Null reduziere“: „Der Staatsanwalt sage in der Regel gar nichts oder schließe sich nur an dasjenige an, was die eine oder andere Partei vorgebracht.“⁹²¹ Ähnlich lapidar auf die Null verweisend, äußerte sich der

912 Bei Hahn (II/1880), 1048.

913 Otto Bähr bei Hahn (II/1880), 1048.

914 „Neue Tatsachen und Beweismittel“, § 545 Abs. 3 ReichsCPO; s.a. Popp (1986), 182.

915 Durch den Abgeordneten Moritz Klotz, Kreisgerichtsrat in Berlin und Mitglied der Fortschrittspartei; Kurzbiographie s. Hirth, Georg (Hg.): Deutscher Parlaments-Almanach, 10. Ausgabe 1874, 205.

916 Bei Hahn (II/1880), 1049.

917 Es gebe kaum Kollisionsfälle in Ehescheidungen und damit auch nur selten einen potentiellen Ermittlungsanlass seitens der Staatsanwaltschaft; in Baden sei eine solche Kompetenz unter Zustimmung der liberalen Partei etabliert worden; Hahn (II/1880), 1049.

918 Hahn (II/1880), 1050.

919 Hahn (II/1880), 1158.

920 Bei Hahn (II/1880), 748.

921 Bei Hahn (II/1880), 749.

Abgeordnete Bölk: „In Bayern habe die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft in Ehesachen zwar nicht geschadet, wohl aber auch kaum genützt.“⁹²² Noch weitaus entschiedener berichtete der Abgeordnete Klotz aus seiner 20jährigen gerichtlichen Erfahrung in Ehescheidungsverfahren, dass „in keinem Falle die Staatsanwaltschaft auch nur den mindesten Einfluß auf die Entscheidung der Sache gehabt habe“: „In keine Verhandlung ginge der Staatsanwalt weniger gern, als in den Termin über eine Ehescheidungsklage; er fühle selbst, daß er völlig unnützt sei, und sei es auch wirklich.“⁹²³

Wozu dann aber der ganze Streit, nun bereits in zweiter Runde?

Als zwei Grundpfeiler der Debatte lassen sich das Konzept der staatlichen Zivilehe einerseits und die Gestaltung der zivilrechtlichen richterlichen Entscheidung andererseits ausmachen. Öffentliches Interesse und parteiliche Dispositionsfreiheit, materielle oder formelle Beweiswürdigung durch den Richter und damit seine Positionierung als ermittelnder Amtsmann oder neutraler Urteiler – zwischen diesen Polen des juristischen Denkens und Argumentationsarsenals bewegte sich das Pro und Contra der Debatte. Was sollte als „Frage [...] rein menschlicher Natur“⁹²⁴, als Frage des persönlichen, bürgerlichen Glücks den Parteien und dem Richter zur Entscheidung überlassen werden? Was stand im staatlichen Interesse, das hieß auch: im Interesse der Regierung, zur Entscheidung? Mussten die Richter seitens des Staatsanwalts – das heißt in der Lesart der Reichstagsdebatte – musste die Justiz seitens der Politik „Belehrung“⁹²⁵ aushalten? Drohte die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses durch die Richter „noch lässiger“ zu werden als sie ohnehin durch die sich „passiv“ verhaltenden Staatsanwälte schon war?⁹²⁶ Oder war ein Staatsanwalt, der „ohnehin die Interessen des Staates bei den Gerichten vertrete“⁹²⁷, in Ehescheidungsverfahren gar nicht vonnöten, weil die „Richter vielmehr sich stets ihrer schweren Verantwortung auch dem Staate gegenüber bewußt“⁹²⁸ waren?

Man stritt sich im Reichstag in einer argumentativ-strategischen, inkonsistenten Melange, die sich speiste aus politischen Konzepten, Staats- und Justizideen (nach denen man dann auch noch die Verfahrensprinzipien auszurichten versuchte),

922 Hahn (II/1880), 1159.

923 Bei Hahn (I/1880), 750.

924 Bei Hahn (I/1880), 748.

925 Hahn (I/1880), 748.

926 So die Befürchtung von Rudolf von Gneist, bei Hahn (I/1880), 750.

927 Bei Hahn (I/1880), 751.

928 Bei Hahn (I/1880), 751.

Parteipolitiken, Kritik und Replik. Nicht zuletzt trat noch die Religion hinzu, wobei mit der Ehe als Sakrament – erstaunlicherweise? – an dieser Stelle kaum explizit argumentiert wurde. Die gesellschaftspolitischen Probleme, die hinter dieser Debatte standen, sind bekannt.

Das für die Juristen entscheidende Stichwort fiel dann auch, wenn auch an anderer Stelle: Der Staatsanwalt war in der ReichsCPO auch für das Entmündigungsverfahren vorgesehen, dort als zulässiger Antragsteller neben dem Ehegatten, Verwandten oder Vormund.⁹²⁹ Otto Bähr⁹³⁰ warf dagegen ein, dass „solche Bestimmungen“ „immer wieder dahin“ führten, „ein Stück der richterlichen Unabhängigkeit Preis zu geben“.⁹³¹ Das Gericht sei in der ihm dann zustehenden Entscheidung, dem „Akte der Entmündigung“, von der formellen staatsanwaltschaftlichen Initiative, die Bähr gewissermaßen als materiellen Marschbefehl auflud,⁹³² abhängig.⁹³³

Ausgerechnet also an jener unspektakulären Stelle der Sitzungsdebatten zum Entmündigungsverfahren, das keine weitere Diskussion provozierte, wurde eine auch den Streit um das Ehescheidungsverfahren grundlegend prägende, politische Prämisse eingeführt: Die richterliche Unabhängigkeit. Das sagt zunächst etwas über die theoretische und rechtspolitische Konsequenz Otto Bährs aus, der das Kind beim Namen nannte. Er gestand den Verwaltungsbehörden die inhaltliche Entscheidung über das Gemeinwohl zu, bescheinigte ihnen damit aber auch zugleich einen unheilbaren Mangel an Unabhängigkeit.⁹³⁴ Die Staatsanwaltschaft ordnete er in diesem Konzept offensichtlich als Verwaltungsbehörde ein. Damit bewegte er sich in jenem Feld, das auch insgesamt die Debatte im Reichstag erfasste – im strategischen Rahmen der unterschiedlich ausgestalteten politischen Forderungen

929 Vgl. Entwurf zum Sechsten Buch der CPO, Zweiter Abschnitt; bei Hahn (II/1880), 891. Wo § 570 Abs. 2 des Entwurfes für die Entmündigung allgemein ein „Klagerecht“ – Popp (1986), 182 – des Staatsanwalts vorgesehen hatte, wurde das Verfahren später gestaffelt: Es verlief zunächst subkutan als Officialverfahren über ein Antragsrecht und einen gerichtlichen Beschluss, § 597 CPO. Gegen den Beschluss war allen Antragsstellern Beschwerde und dann erst Rechtsbehelf in Klageform möglich, §§ 604, 605 CPO. Wenn der Entmündigte oder sein Vormund klagte, so war die Klage nicht etwa gegen das Gericht, sondern gegen den Staatsanwalt zu richten – auch wenn dieser bis dahin kein Verfahrensbeteiligter gewesen war. Falls der Staatsanwalt den Beschluss über die Klage anfocht, so war sein Klagegegner der Vormund des Entmündigten.

930 Kurzbiographie s. Hirth, Georg (Hg.): Deutscher Parlaments-Almanach, 10. Ausgabe 1874, 154; s.a. Ogorek (1986/2008), 328 ff.

931 Bei Hahn (II/1880), 894.

932 Das Gericht „bedürfe“ der „Erlaubnis des Staatsanwalts“.

933 Bei Hahn (II/1880), 894.

934 Ogorek (1986/2008), 332.

nach Gewaltenteilung, justizieller Unabhängigkeit von Politik und Exekutive und dadurch ermöglichter Kontrolle der Regierung und ihrer Entscheidungen.

Zur Position des Staatsanwalts ergab diese Gemengelage nichts Neues. Er war auf die Rolle der Parteilichkeit festgeschrieben; und selbst, wenn man hinsichtlich der vor ihm gehegten „konstitutionellen Scheu“ in Dissens stand, war man sich darin einig, dass er zur richterlichen Entlastung einzusetzen sei.⁹³⁵ Der Staatsanwalt galt als Indikator für das öffentliche Interesse, wie sich der Debatte um das Entmündigungsverfahren entnehmen lässt: „Ein öffentliches Interesse liege nicht vor; die Staatsanwaltschaft sei weggeblieben“.⁹³⁶

Diese Zuordnung der Staatsanwaltschaft erklärt sich aber nicht allein mit ihrem Einsatz als 'Instrument der Politik'. Der Staatsanwalt wurde auch hier wortwörtlich durch die Idee des Richters definiert, wie sich überhaupt seine staatsanwaltschaftlichen Charakteristika und Aufgaben aus dem ergaben, was der Richter nicht (mehr) sein und tun durfte. An der Bildung der Staatsanwaltschaft war also nicht nur die Politik beteiligt, die von deren Vorzügen ja erst überhaupt einmal überzeugt werden wollte.⁹³⁷ Gerade in den Anfängen waren es die Juristen und ihr Recht, die eine Trennung des Richters von der Ermittlungstätigkeit und der Anklage forderten, stark machten und zu verkaufen wussten, und den so geschaffenen Staatsanwalt auch in den Zivilprozess einführten.

Dieser Befund schließt nicht aus, dass sich die Dinge schnell verselbstständigten und einen anderen Lauf annahmen. Einmal in der Welt, entwickelte die Staatsanwaltschaft Eigeninteressen.

Der Abgeordnete Peter Franz Reichensperger etwa ließ sich in der späteren Lesung zum § 554 ReichsCPO in strategische Karten blicken, die etwas anders gemischt waren: Er wünschte eine Staatsanwaltschaft, die in allen Zivilsachen mitwirke, aber nicht, weil dort überall das öffentliche Interesse bestehe, sondern weil die Staatsanwaltschaft gewissermaßen einer Imagepolitur bedürfe. Sie sei durch ihre „Ausschließung“ von Zivilsachen in Altpreußen nämlich zu einer „Polizeibehörde degradiert“ worden und trage deswegen „das Odium“ der Parteilichkeit.⁹³⁸ Zuvor hatte

935 Ergebnis der Zweiten Lesung: Hahn (II/1880), 1233: § 545 enthielt die fakultative Mitwirkungsbefugnis des Staatsanwalts hinsichtlich der Verhandlung und sein Recht, in Scheidungssachen neue Beweise einbringen zu können.

936 Bei Hahn (II/1880), 905.

937 Dazu Collin (2000), 61, 65; und etwa Thesmar (1844) passim, der sich über die Politik von Justizminister v. Kamptz beschwerte, weil dieser die Staatsanwaltschaft als Institution ablehnte.

938 Bei Hahn (II/1880), 1159.

Reichensperger schon in den Beratungen zum Gerichtsverfassungsgesetz diese Motivlage für eine über das Strafrecht hinausreichende Zuständigkeitserweiterung der Staatsanwaltschaft angeführt. Er berief sich dabei explizit auf den Umstand, dass der „Jurist“ zumindest gegenüber dem „Polizeikommissar“ populärer sei.⁹³⁹

Damit war in die Reichtagsdebatte zur Zivilprozessordnung das erste Argument eingebracht, das unmittelbar und allein auf die Staatsanwaltschaft und deren Probleme, hier hinsichtlich ihrer Legitimation und Akzeptanz, abzielte. Es sollte das letzte sein. Die Debatte um die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft in Ehescheidungsverfahren verlor sich in späteren Abschnitten in Wiederholungen.

Der § 554 wurde als fakultative Regelung in die ReichsCPO übernommen und später als § 569 weitergeführt. Bis 1977 wurde diese Regelung beibehalten. Angesichts dieser Beständigkeit könnte man vermuten, dass diese zivilprozessuale Kompetenz der Staatsanwaltschaft eine gewisse Wirkungsmacht in der Praxis besessen hätte.

3. Leere Formen

Dass sich der konzipierte und normierte Ordnungsanspruch allerdings im Alltag verlor, weil dort andere Determinanten⁹⁴⁰ herrschten, zeigte sich bereits 1851. Ein preußischer Staatsanwalt⁹⁴¹ schrieb über die Verfahren in Ehescheidungen an den preußischen Gerichten. Dem Staatsanwalt sollte dort eine Art Ermittlungskompetenz zukommen, damit er zur Klärung der Sachlage beitrug.⁹⁴² Idealerweise, wohlgemerkt, denn tatsächlich scheiterte eine solche Ermittlung an mehreren Faktoren: Die Ortsbehörden in größeren Städten seien zu weit von den lokalen Beziehungen entfernt, die Ortsbehörden in den Dörfern „unfähig“, überhaupt irgendwelche Informationen liefern zu können.⁹⁴³ Während die Verwaltung in der städtischen Infrastruktur bereits zu professionell die Akten und nicht die personalen Beziehungen

939 Bei Hahn (1879), 244 f.

940 Collin zählt zu den entscheidenden Faktoren der „spezifisch staatsanwaltschaftlichen Intentionen“: Personalkapazität, Budgetausstattung und Personalpolitik, die von einer Interims-Einstellung zur einer Festanstellung der staatsanwaltschaftlichen Beamten und einer Festsetzung des Etats überging.

941 o.A. (1851): Der Autor äußerte sich vom „Beobachtungsposten staatsanwaltschaftlicher Funktionen“ aus. Außer dieser expliziten Bezugnahme findet sich noch ein weiterer Hinweis auf seine berufliche Identität im Vorwort: Er habe zur Feder gegriffen, als „mit der Aufhebung der Königlichen Oberlandesgerichte und der damit verbundenen Ehegerichte auch des Verfassers staatsanwaltschaftliche Functionen in Ehesachen aufgehört hatten“.

942 o.A. (1851), 69: Als Staatsanwalt habe man „schon vorher von andrer Seite her Auskunft über die dem Ehezwist zum Grunde liegenden Thatfachen eingeholt, um, [...] wo das Sachverhältnis falsch oder nur einseitig vorgetragen sein möchte, einen richtigen Anblick der Sache zu erlangen.“

943 o.A. (1851), 69.

verwaltete, herrschte auf dem Lande aus Sicht des Staatsanwalts ein für das rechtliche Ehescheidungsverfahren nicht weiter verwertbarer Dilettantismus. Von der staatlichen Infrastruktur war also der Erfahrung des Autors nach keine Schützenhilfe zu erwarten.

Eigentlicher Auskunftspartner für eine erfolgreiche Ermittlung wäre, so der Staatsanwalt, der örtliche Geistliche. Diese Informationsquelle sei aber gleich in mehrfacher Hinsicht blockiert: Zum einen beziehe sich der Geistliche bei seiner Auskunft kaum auf die „weltlichen Verhältnisse“ und lasse sich zudem „oft zu sehr“ durch sein „Gefühl leiten“; zum anderen habe er oft schon für (dem Scheidungsverfahren vorausgegangene, geistliche) Sühneversuche attestiert. Von diesen seinen Aussagen weiche er nun nicht mehr ab, sondern er versuche sich nur noch an einer Rechtfertigung derselben; und zuletzt hege der Geistliche oft das Misstrauen, der Staatsanwalt wolle „jede Ehescheidung unausführbar“ machen.⁹⁴⁴

Auch diese Quelle brachte dem Staatsanwalt also keine juristisch verwertbaren Informationen. Zu groß waren die institutionelle Konkurrenz, die sprachlichen und methodischen Unterschiede. Hinzu trat noch eine verfahrensbedingt kaum zu hintergehende Argumentationslogik, die an das bereits bestehende Attest über den Sühneversuch anknüpfte. Und schließlich war der Weg zur Quelle durch den Verdacht der Parteilichkeit versperrt, den der Geistliche als juristischer Laie zusammen mit „dem größern Publikum“⁹⁴⁵ gegenüber dem Staatsanwalt hegte und der so verhärtet war, dass der Staatsanwalt hinsichtlich des *favor matrimonii* gegenüber dem Geistlichen als eigentlicher defensor auftrat.

Der ehemals in Scheidungsverfahren tätige Staatsanwalt von 1851 ließ zwischen den Zeilen durchblicken, dass er die ihm eigentlich zustehende Ermittlungstätigkeit gerne übernommen hätte und dieses Anliegen etwa auch mit „vielfachen Nachfragen“ bei den Geistlichen versucht habe durchzuführen. Er konnte aber nur resümieren, dass auf diesem Gebiet sein Erfolg trotz allen Ehrgeizes nur ein zufälliger gewesen und ihm, dem Staatsanwalt, in aller Regel nichts anderes übrig geblieben sei, als „mit dem Ehegericht durch ein und dieselbe Brille“, nämlich in die

944 o.A. (1851), 69. Zum geistlichen Sühneversuch, an dem zumeist bereits schon ein Anwalt beteiligt war, der später auch die Vertretung im gerichtlichen Sühneversuch übernahm, ders., 92 ff. Allgemein zum Sühneversuch in Preußen Blasius (1987), 66 ff.

945 o.A. (1851), 69.

Akten zu sehen und darum eben denselben „abschriftlich mitgetheilten Acten [...] unterworfen“ gewesen zu sein.⁹⁴⁶

Erfahrungsberichte dieser Art spielten später in die oben geschilderten Reichstagsdebatten zur ReichsCPO hinein, wobei man dort dann die Differenziertheit der Erklärungen und Begründungen etwa unseres ehemals an den Ehegerichten wirkenden Staatsanwalts geflissentlich übergang⁹⁴⁷.

Den Grund für die Erfolglosigkeit seiner Ermittlungsversuche suchte jener Staatsanwalt 1851 darin, dass das Verfahren in Ehesachen nicht vollständig nach dem Untersuchungsgrundsatz konzipiert gewesen war. Damit versuchte er, eine Parallele zu den Reformdebatten zum Strafprozess zu ziehen und diese für die Eheverfahren fruchtbar zu machen. Allerdings fällt auf, dass jene Faktoren, die er erläuternd für das erlebte Scheitern seiner Ermittlungsarbeit in Eheverfahren heranzog – Professionalisierung, Bürokratisierung, Arbeitsteilung, Akten als Medium der Justiz sowie die Laiensphäre – unabhängig von Prozessgrundsätzen bestanden und bestehen.⁹⁴⁸

Der Befund, dass der Staatsanwalt nicht ermitteln konnte, so sehr er auch wollte und sollte, tauchte in dem Text von 1851 nochmals an anderer Stelle auf. Der erste Verfahrensabschnitt in Ehescheidungsachen war das sogenannte präparatorische Verfahren, „der eigentliche Zeitpunkt, den Ursachen auf die Spur zu kommen“⁹⁴⁹, also zu ermitteln. Auch hier versuchte der Autor wieder in rechtspolitischer Absicht, das Strafverfahren fruchtbar zu machen und über diese Analogie seine Kompetenzen wieder zu stärken⁹⁵⁰. Geeigneter Zeitpunkt für die ermittelnde Spurensuche sei der Termin der Klagebeantwortung. Hier könne der Staatsanwalt zum einen den Richter, der zu diesem Termin als Einzelrichter ohne Kollegium auftrat, unterstützen. Zum anderen wäre aber vor allem „Gelegenheit, die Parteien nicht bloß kennen zu lernen, sondern sich auch durch Informationseinziehung von der wahren Sachlage zu

946 o.A. (1851), 69.

947 Appellationsgerichtsrat Hauser bei Hahn (II/1880), 1048: Es sei geäußert worden, „der Staatsanwalt wisse auch nicht mehr, als der Richter. Aber der Staatsanwalt sei verpflichtet, nachzuforschen, und er habe dazu faktisch die beste Gelegenheit, in dem er von den Polizei- und Gemeindebehörden Erkundigungen einziehen könne.“

948 Den Vorwurf der Parteilichkeit meint man aus dieser Faktorenreihe ausnehmen zu können, da er sehr wohl mit der Debatte um das Inquisitions- oder Anklageverfahren verbunden ist. Er lässt sich aber ebenso gut in der Professionalisierung und Arbeitsteilung unterbringen.

949 o.A. (1851), 70.

950 o.A. (1851), 71: „Der Staatsanwalt kann bei dem präparatorischen Verfahren analog zum Strafverfahren eine leitende Stellung einnehmen“. Konkret solle die „anzufertigende Klage“ in Scheidungsachen „durch seine Hände“, und nicht mehr durch die unteren Beamten gehen.

überzeugen“⁹⁵¹. Ähnlich wie bei einem Zeugenverhör wollte der Staatsanwalt sich also bei der Klagebeantwortung ein in doppeltem Sinne persönliches Bild machen, um die Ursachen zu ermitteln. Indessen erwies sich diese Möglichkeit bereits 1851 als eine unmögliche, denn der Staatsanwalt beschrieb sie im Konjunktiv Irrealis. Die Parteien kennen zu lernen hätte erfordert, dass sie „in Person erscheinen“ – „allein“: Die Parteien erschienen selten in Person, sondern sie ließen sich in den Terminen „durch Rechtsanwälte“ vertreten, die lediglich die „Klagebeantwortung überreichen“.⁹⁵² Auch hier war es also wieder die juristische Professionalisierung, die Distanz schuf und die einer personalen Kontaktaufnahme, dem Kennenlernen, grundsätzlich entgegenstand. Damit war die im Ermittlungsversuch stecken gebliebene „Anwesenheit des Staatsanwalts überflüssig“, sie war gar zu einer „mit unnützer Zeitverschwendung verbundenen leeren Form“ geworden⁹⁵³. In Ehesachen hatte der Staatsanwalt „im Ganzen wenig wirksame Seiten“ besessen⁹⁵⁴.

4. Vom defensor zum aqisitor

Fast fünfzig Jahre später findet sich ein vorletztes Echo auf das Problem. 1897 – im Zuge der Anpassung der Zivilprozessordnung an das 1896 ausgefertigte BGB – versuchte sich Landgerichtsrat Dr. von Feilitzsch aus Zwickau an einer empirischen Antwort auf die Frage: „Hat sich nun diese Normirung der ehprozessualen Zuständigkeit und Thätigkeit der Staatsanwaltschaft in der Praxis bewährt?“⁹⁵⁵. Er nannte die Zahl von 1014 Eheprozessen, beziehungsweise 2400 Verhandlungen in Ehesachen in den Jahren 1892 bis 1896 am Landgericht Zwickau. Davon habe die Staatsanwaltschaft, bis auf ein einziges Mal⁹⁵⁶, keinen Termin wahrgenommen. Außerdem habe sie von allen in dem Fünf-Jahreszeitraum anhängigen Sachen genau eine einzige selbst betrieben: Das war eine Nichtigkeitsklage wegen Doppelehe gewesen.

Zur Erhebung der zivilprozessualen Nichtigkeitsklage war die Staatsanwaltschaft grundsätzlich bis zu deren gesetzlicher Streichung 1998 befugt, wobei diese

951 o.A. (1851), 71.

952 o.A. (1851), 103: „Es stellt sich nun in der Praxis aber heraus, daß die Parteien sofort ihre Zuflucht zu den Rechtsanwälten nehmen, noch ehe sie daran gedacht haben, sich an ihren Seelsorger [...] zu wenden.“

953 Wörtliche Zitate: o.A. (1851), 71.

954 o.A. (1851), 92.

955 Feilitzsch (1897), 180. Er bezog sich mangels passender Reichsjustizstatistik auf eine Übersicht aus den Akten am Landgericht Zwickau.

956 In dem es in der Sache um die Legitimation eines Zustandsvormundes ging.

Befugnis „vor allem im Falle der Doppelehe“ wirksam werden sollte⁹⁵⁷. Das war im 19. Jahrhundert auch bei den Gegnern einer mit umfassenderen Kompetenzen in Zivilsachen ausgestatteten Staatsanwaltschaft unbestritten. Zum Beispiel hatte sich 1849 auch der liberale Gerau für eine Staatsanwaltschaft als Hauptpartei bei „Klagen auf Zernichtung gesetzeswidriger Ehen“⁹⁵⁸ ausgesprochen. Die Nichtigkeitsklage zielte auf den Erhalt des staatlich-moralischen Konsenses der Einehe ab. Die Streichung der Nichtigkeitsklage 1998 aus der ZPO bedeutete aber nicht, dass die Staatsanwaltschaft für die Doppelehe nun nicht mehr zuständig war. Denn mit dem § 172 StGB als im gleichen Zuge neu geschaffenem Straftatbestand wies man die Doppelehe der Staatsanwaltschaft wieder zu, nur dass insofern eine Konzentration auf das staatsanwaltschaftliche Proprium, das Strafrecht, stattgefunden hatte. Der § 172 StGB wird nun als moralischer Schutztatbestand vor einem Tabubruch, ohne erkennbaren Rechtsgüterschutz, kritisiert.⁹⁵⁹ Deswegen schlägt man vor, ihn abzuändern oder ganz zu streichen und das Problem der ungültigen Ehe dem Zivilrecht zu überlassen.⁹⁶⁰ Mit dem Schutz der „staatlichen Eheordnung“ wollen anscheinend weder die Zivilrechtler noch die Strafrechtler in Verbindung gebracht werden.

Obwohl also am Landgericht Zwickau – bis auf jenen einzigen Fall einer Doppelehe – die Staatsanwaltschaft ihre zivilprozessuale Kompetenz nicht nutzte, seien die Richter natürlich ihrer gesetzlich festgeschriebenen Vorlegungspflicht von Ehesachen nachgekommen, so Feilitzsch. Das habe aber vor allem dazu geführt, dass sich „jahraus jahrein in unablässigem Strom die Akten“ stumm zwischen der Kammer für Ehesachen und der Staatsanwaltschaft wälzen würden.⁹⁶¹ Diese Kommunikation über den Aktenverkehr erschien ihm erdrückend und überflüssig, aber sie hatte doch einen Effekt, den auch Feilitzsch nicht leugnen konnte: Die Staatsanwälte lasen die Ehescheidungsakten als „Unterlage für die Strafverfolgung“. Aus diesen Akten filterten, sammelten und prüften sie bis dahin unerkannten Tatverdacht in „Lebensnachstellungen und Mißhandlungen, Körperverletzungen, Meineid und fahrlässigen Falscheid“⁹⁶². Das war der Gewinn, den sie aus diesem Aktenstrom

957 s. Carsten/Rautenberg (2012), 377.

958 Gerau (1849), 349.

959 Hörnle, Tatjana: Grob anstössiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, Frankfurt am Main 2005, 449 ff.

960 s. Hörnle, Tatjana: Grob anstössiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, Frankfurt am Main 2005, 449 ff.

961 Feilitzsch (1897), 181; 183 f.

962 Feilitzsch (1897), 183.

zogen, ihre Spezialisierung auf das Strafrecht bestimmte die Lektüre der Scheidungsakten. Feilitzsch plädierte daher dafür, die staatsanwaltschaftliche Beteiligung am Eheprozess abzuschaffen. Selbst, wenn sie als wünschenswert erscheine, sei sie doch „nirgends [...] erfolgreich“, sondern „eine rein zwecklose Belästigung, die Arbeitskraft verbraucht, ohne das öffentliche Interesse im geringsten zu fördern“.⁹⁶³ Einzig die Nichtigkeitsklage erkannte er in diesem Sinne als zweckmäßig an.

So findet sich dieses Echo auch an juristisch entlegenen Orten wie in dem Handwörterbuch der Sexualwissenschaft, wo man unter dem Eintrag „Ehescheidung“ folgendes Fazit zog: Die entsprechenden Verfahrensvorschriften in der ZPO seien darauf gerichtet, „die Gestaltung des Prozeßstoffes den Parteien aus der Hand zu nehmen und die Ehen möglichst zu erhalten. So ist die Staatsanwaltschaft zur Mitwirkung befugt. Der Staatsanwalt ist berechtigt, als *defensor matrimonii* neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen (§ 607 ZPO). Von dieser Befugnis wird jedoch so selten Gebrauch gemacht, daß die Bestimmung der staatsanwaltschaftlichen Mitwirkung beinahe stillschweigend als außer Kurs gesetzt angesehen werden kann.“⁹⁶⁴

Nicht nur Savigny, sondern auch den nachfolgenden Juristen war das öffentliche Interesse, repräsentiert durch den Staat und seine Verwaltung, in Ehescheidungssachen als evident erschienen. Das Konzept einer Staatsanwaltschaft in Ehescheidungssachen konnte von allen außerstrafrechtlichen Kompetenzen noch die stärkste rechtspolitische Lobby hinter sich vereinen. Das war bedingt durch die kirchliche Lehre von der Ehe als Sakrament, durch die hohe sozialregulierende Aufladung der staatlichen Ehe in Verknüpfung mit bürgerlich-christlicher Sittlichkeitslehre und mehr oder weniger unterschwellig mitlaufender Reproduktionspolitik.⁹⁶⁵ Durch den klerikalen *defensor matrimonii* bestand zudem eine konzeptuale ideelle Verknüpfung mit kirchlicher Lehre und kanonischem

963 Feilitzsch (1897), 184 f.

964 Traumann, F.E., in: Marcuse, Max (Hg.): Handwörterbuch der Sexualwissenschaft. Enzyklopädie der natur- und kulturwissenschaftlichen Sexualkunde des Menschen, 2. Aufl., Bonn 1926, 130.

965 Buchholz (1979) sah die Lockerung des Scheidungsrechts in Preußen „als Instrument unverhüllter Utilitätsvorstellungen“, mit dem der „Förderung der Population in einem durch Kriege geschwächten Gebiet“ gedient sein sollte, 169; Puchta habe diese Politik verschärft mit dem Bild vom „Staat als Menschenzüchter“ wiedergegeben, 175. In anderen Schlagworten Feilitzsch (1897), 177: „Ohne Ehe keine Familie, ohne Familie kein Staat“, durch sie würde der „Gesamttorganismus [...] gedeihen“, sie vereine „volkswirtschaftliche und politische Anforderungen zugleich mit [...] moralischen und religiösen Anschauungen“.

Prozessrecht, die, anders als etwa das französische Recht, in der politischen Mehrheit des 19. Jahrhunderts keiner Ablehnung ausgesetzt war, sondern dankbar in staatlich-zivile Formen integriert wurde.

All dies half aber dem Sog des Strafrechtes nicht ab. Die Nichtigkeitsklage aus der ZPO scheint nur in Fällen von Doppelhehen gebraucht worden zu sein. Diese stellen nun aber im Sinne eines Tabubruches nahezu das Paradebeispiel für einen Grenzgänger zwischen den scheinbar klaren Fronten des öffentlichen Rechts und des Privatrechts dar. Dass sie inzwischen zu einem strafrechtlichen Tatbestand geworden sind, bedeutet in diesem Sinne eine Klärung.

Die Klagekompetenz der Staatsanwaltschaft in Ehescheidungssachen erscheint im Übrigen als ein Exempel für symbolische Gesetzgebung. Hartnäckig durch die Regierung in der ReichsCPO etabliert, spiegelte sie einen allgemeingesellschaftlichen Konsens wider und wurde durch allgemeinen Konsens gestützt. Als symbolischer Paragraph stand diese Kompetenz für politischen Steuerungswillen, der allerdings nur in einer bestimmten Fallgestaltung – dem der Doppelhehe – durch tatsächliche Sanktionspolitik aktiviert wurde.

II. Eine Konsolidierungsstrategie

Es war ein Staatsanwalt, A.B. Berninger⁹⁶⁶, der 1861 nochmals Anlauf genommen hatte, seine Behörde in Zivilverfahren zu platzieren. Anlass seiner Schrift waren die Reformdebatte, die vom initialen Streitplatz des Strafrechts auf die zivilrechtlichen, bürgerlichen Prozessfragen übergegriffen hatte, und die anlaufende Gesetzgebung zur bundeseinheitlichen Zivilprozessordnung.

Berninger zeigte sich erbost über den Entwurf einer Zivilprozessordnung für das Königreich Sachsen, die den Staatsanwalt nicht – mehr – in den Zivilprozess integrierte. Er befürchtete, dass die Staatsanwaltschaft deswegen überall als reine „Straf-Staatsanwaltschaft“⁹⁶⁷ gelten und in einer bundeseinheitlichen Zivilprozessordnung keinen Platz finden würde. Allerdings kam er nicht umhin einzugestehen, dass die Staatsanwaltschaft „für das Strafverfahren eine viel weitgreifendere Bedeutung hat, als für den Civilprozeß“⁹⁶⁸. Worin diese Bedeutung

966 Berninger war 1861 Staatsanwalt am Appellationsgericht zu Eisenach; später Oberstaatsanwalt, so ist es zumindest den Anlagen zu den Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes zu entnehmen (Bd. 3, Berlin 1870, 28).

967 Berninger (1861), 19; eine solche Beschränkung laufe gegen die „naturgemäße Gestalt“ der Staatsanwaltschaft.

968 Berninger (1861), 20.

bestand, führte er nicht weiter aus. Stattdessen berief er sich auf Evidenz: Die wichtigen Interessen, die der Staat wahrzunehmen habe, seien in den Strafverfahren „unmittelbare und in die Augen springende“⁹⁶⁹. So konnte Berninger für sein Anliegen einer zivilprozessualen Staatsanwaltschaft nur zwei Argumente anbringen, die derart allgemeiner Natur waren, dass man sie gut zwanzig Jahre zuvor bereits für eine Staatsanwaltschaft im Strafverfahren genannt hatte. Als zivilprozessuale Spezifika eigneten sie sich nicht. Zum einen führte Berninger die Aufgabe der Staatsanwaltschaft als Gesetzes-, Verfahrens- und Gerichtswächter an; zum anderen das Interesse des Staates, das potentiell auch in Privatsachen immer bestünde⁹⁷⁰. Er bot also keine zivilprozessuale Verfeinerung an, sondern eine Rückkehr auf eine unbestimmte totale Basis. Bestimmte materielle Kompetenzen der Staatsanwaltschaft im Zivilprozess – wie die Antragsberechtigung in Vormundschaftssachen, das Dogma des favor matrimonii in Ehescheidungssachen oder die Stellung als Hauptpartei – interessierten ihn nicht.⁹⁷¹

Seine gesamte weitere Argumentation spiegelte genau ein Problem wider, nämlich das der Unabhängigkeit der Gerichte von Regierung und Politik. Berninger wehrte den Verdacht ab, die Staatsanwaltschaft, ob im Straf- oder Zivilverfahren, stelle per se eine Bedrohung für die Unabhängigkeit der Richter und Gerichte dar.⁹⁷² Er drehte den Spieß um, indem er behauptete, die Staatsanwaltschaft belaste nicht den Richter in seiner Unabhängigkeit, sondern sie entlaste ihn. Denn ohne eine Staatsanwaltschaft müsse der Richter das Interesse des Staates berücksichtigen, wahrnehmen und sichern.⁹⁷³ So versuchte Berninger auch ein Argument aus dem

969 Berninger (1861), 21.

970 Berninger (1861), 21: Der Staat „k a n n in allen [Privatrechten] berührt werden“.

971 Explizit Berninger (1861), 45: „Die Rolle einer Hauptpartei steht im Widerspruch mit der Aufgabe der Staatsanwaltschaft, und es will uns, obwohl die Gegner gerade an dieser partie principale am wenigsten Anstoß nehmen, nicht passend erscheinen, den Beamten als Hauptpartei auftreten zu lassen, der keinen anderen Zweck verfolgt als den, eine den G e s e t z e n entsprechende, nach b e i d e n Seiten gerechte Entscheidung des Rechtsstreits herbeizuführen.“

972 Das bezog sich vor allem auf die Entscheidungsmacht – die Staatsanwaltschaft solle das legitime staatliche Interesse an einer zur richterlichen Ansicht alternativen Gesetzesauslegung im Verfahren vertreten. Darin liege kein „mit der Würde des Gerichts nicht verträgliches Schulmeistern“, Berninger (1861), 38, da die exzellente Ausbildung der Richter für sich spreche.

973 Dies ist freilich eine Aussage, die sich aus der jeweiligen Perspektive bestimmte – ein Gerichtsassessor meldete 1861, dass „im Schoße der deutschen rechtsrheinischen Gerichte [...] eine unverkennbare Abneigung, ein entschiedener Widerwille gegen das Institut der Staatsanwaltschaft“ herrsche, zitiert bei Berninger (1861), 40. Dagegen konnte man als Staatsanwalt nichts anderes einwenden als den frommen Wunsch, „daß das unselige Mißtrauen der Gerichte, insoweit es wirklich noch bestehen sollte, recht bald verschwinden möge!“, Berninger (1861), 40.

Vormärz wiederzubeleben, das des Staatsanwalts als richterliche Entlastung, gewissermaßen als interne Dienstleistung in der Rechtspflege: Es sei die Staatsanwaltschaft, die „den Richter in den Vollgenuß seiner Rechte setzt, indem sie [...] ihm nur die heilige Verpflichtung übrig lässt, in stiller Meditation das Recht und Unrecht abzuwägen“⁹⁷⁴.

Diese Verteidigungslinie führte Berninger 1861 nicht ohne Grund an. Mit Mittermaier hatte sich inzwischen selbst der prominenteste Befürworter einer Staatsanwaltschaft aus den liberalen Reformdebatten der 1840er Jahre misstrauisch und ablehnend gegenüber der inzwischen etablierten Behörde gezeigt⁹⁷⁵. Die bei Mittermaier abzulesende Entwicklung steht für das Scheitern der liberalen Forderungen in der Reaktionsphase. Selbst die Richterschaft als Refugium der letzten politischen Hoffnungen war bereits auf dem Weg, sich im aufkommenden Wilhelminismus zu entliberalisieren⁹⁷⁶.

Berningers Versuch, in den 1860er Jahren eine zivilprozessuale Rolle für die Staatsanwaltschaft festzuschreiben, hatte sein Motiv also in Verteidigung und Abgrenzung. Die Staatsanwaltschaft war politisch motivierter Kritik ausgesetzt und Berningers Replik könnte deswegen als ebenso politisch gewertet werden, bot in dieser Hinsicht allerdings nicht mehr als die Argumente von vorgestern an.

Die Aktualität seiner Replik lag in einer Eigenwerbung für die Staatsanwaltschaft als „naturgemäße“ Behörde. Berningers Text verdichtete sich zu staatsanwaltschaftlicher Standespolitik. Für die preußische Staatsanwaltschaft in Strafverfahren steht der Befund, dass sich die noch junge Behörde über möglichst weitreichende Kompetenzen zu konsolidieren versuchte.⁹⁷⁷ Diesen Weg schlugen etwa auch die Oberstaatsanwälte in Braunschweig ein, wenn sie sich für eine Erweiterung der staatsanwaltschaftlichen Kompetenzen in Ehescheidungs- und

974 Noch einmal Braun (1845), 14.

975 Auf den Wandel von Mittermaiers Ansichten bezieht sich Berninger explizit, (1861), 21.

976 Ormond (1994), 562 ff.: Ausschlaggebend für die Entliberalisierung der Richterschaft, also für den „Rückgang insbesondere linksliberalen Denkens und Handelns“, seien weniger die Disziplinierungs- und Personalpolitik durch die politischen Dienstherrn, sondern eher die „Gesellschaftsstrukturen, Traditionen, politische Kultur, politische Rahmenbedingungen“ gewesen. Damit ist allgemein den Wilhelminismus und die Refeudalisierung gemeint; justizspezifisch der Abgang der Liberalen aus der Richterschaft in die Kommunalverwaltung und in den durch die Freigabe der Advokatur gewandelten Anwaltsberuf, wodurch sich zwei nach Profession aufgespaltene politische Lager bildeten.

977 Collin (2000), 130: „Staatsanwälte forderten eine Erweiterung ihrer Befugnisse in Bezug auf die Kontrolle der Gerichte und die Übertragung von Aufgaben der Strafvollstreckung“; s.a. 407. Collin interpretiert dieses Vorgehen als Strategie, sich gegenüber den Gerichten als eigenständige Behörde abzugrenzen.

Entmündigungssachen einsetzen.⁹⁷⁸ Auch Berninger schrieb an einer solchen Konsolidierung mit. Diese zielte auch ab, die Staatsanwaltschaft in ihrer Rolle als „Straf-Staatsanwaltschaft“ zu entlasten und als Behörde mit einem ähnlich breitgefächerten Portfolio, wie es den Gerichten grundsätzlich zustand, aufzustellen. Auch diese Strategie war zuvor schon angeklungen⁹⁷⁹ und darum bemühte sich auch wenig später in den Sitzungen zur ReichsCPO der Abgeordnete Reichensperger, wenn er die Staatsanwaltschaft dem „Odium“ entziehen wollte, dem sie durch das Strafrecht ausgesetzt war.

Deswegen wurde auch die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses als staatsanwaltliches Standesdogma ausgegeben⁹⁸⁰ und in diesem Kontext begrifflich zweifach⁹⁸¹ besetzt: Zum einen als politischer und damit als nicht-rechtlicher Begriff, oft in wortwörtlicher Gleichsetzung mit staatlichem Interesse. Dadurch erfüllte das öffentliche Interesse die Funktion der „Hinausweisung der Politik aus dem Recht“⁹⁸² und diene so der Justiz und den Richtern zugleich zur Abgrenzung gegenüber der Regierungsmacht. In diesem Sinne trug seine Zuweisung an die Staatsanwaltschaft zu deren Positionierung als Exekutivorgan und dem Verdacht der Parteilichkeit bei. Zum zweiten besetzten vor allem die Staatsanwälte, die wie Berninger standespolitisch agierten, den Begriff des öffentlichen Interesses sinngemäß mit 'Gemeinwohl', wie dieses als material aufgeladene Staatsräson⁹⁸³ verstanden wurde. Die Wahrnehmung dieses mit Gemeinwohl angefüllten öffentlichen Interesses, das dem Besten der Gesellschaft diene, war eine ehrenvolle Aufgabe. Als Aufgabe der Justiz wurde es auch noch mit dem Schlagwort der Gerechtigkeit angereichert. So ist wenig verwunderlich, dass in diesem zweiten Begriffskontext immer wieder der

978 Henne (1995), 155.

979 Braun (1845), 17: Mit zivilprozessualen Zuständigkeiten erreiche man, dass die Staatsanwaltschaft „nicht eine einseitige, bloß auf Strafsachen gehende und daher befangene Stellung erhalte“, wie sie bei Beamten erscheine, „die sich lediglich mit Untersuchungssachen beschäftigen.“ Braun bezog sich weiter explizit auf die sächsische, „Polizei und ihr Zubehör an Gens d'armen, Officianten u. dergl.“, deren Arbeit sich inhaltlich mit den Zuständigkeiten des französischen Staatsprokurators treffe; die aber im Gegensatz zu jenem, der seine „Untersuchungen, Zeugenverhöre, Verhaftungen“ später vor Gericht rechtfertigen müsse und dadurch einer Selbstzensur unterliege, eine „beinahe unumschränkte Gewalt“ habe; 19. Braun sah diese unkontrollierte, befangene Allmacht der Polizei also auf die Staatsanwaltschaft abfärben.

980 Zu diesem Selbstbild Collin (2000), 131.

981 s. dazu auch Cancik (2007), 4: „Das Wort 'öffentlich' kann mithin zwei sehr unterschiedliche Bezugssysteme bezeichnen: Gesellschaft und Staat.“; passim.

982 Stolleis (1974), 4.

983 Stolleis (1974), 8; 11 – wohlgermerkt im historischen Kontext der politischen Umstände der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts.

Hinweis fiel, dass auch die Richter jenes Interesse beachteten und verwirklichen würden und insofern einer korrigierenden Staatsanwaltschaft gar nicht bedürften.⁹⁸⁴

Dass man dieses Dual des öffentlichen Interesses für das Selbstbild und die Selbstdarstellung der Staatsanwaltschaft beanspruchte, entsprach den Kategorien, mit denen man allgemein eine „Rollentypologie zwischen Justiz und Verwaltung, Justiz- und Verwaltungsbeamten“⁹⁸⁵ festschrieb. Die Staatsanwaltschaft oszillierte in dieser Hinsicht zwischen den Gewalten. Die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses versprach einen materiellen Gehalt, mit dem man als Staatsanwalt seine Arbeit schmücken wollte, wenn man sich als Jurist schon auf die Seite der Verwaltungsbeamten gestellt sah. Damit stellte man sich nicht in Opposition zur Gesellschaft und zu den Bürgerinteressen. Mit einem solchen Schmuck ließ es sich besser aushalten. Zumindest war er so attraktiv, dass man teilweise auch für die Richterschaft Anspruch darauf anmeldete⁹⁸⁶. Seitens der Staatsanwaltschaft insistierte man damit auch auf einen sachlich-neutralen Anspruch auf Objektivität, wie er das Proprium der Richter geworden war. Damit wollte man das „Odium“ der Parteilichkeit ablegen.

Diese Parallele – das öffentliche Interesse in einem zweifachen Begriffsverständnis und eine neutrale Objektivität – war eine „widersprüchliche Mixtur“⁹⁸⁷, stellte damit aber genau jene Krux dar, der sich die nun über Recht und Unrecht meditierenden Richter erfolgreich entledigt hatten.

III. Ein Nachhall

Die zivilprozessualen Ausfälle, wie sie durch Berninger, Reichensperger oder auch den Braunschweiger Oberstaatsanwalt unternommen wurden, waren nicht durch einen echten Vertretungs- und Entscheidungsanspruch des öffentlichen Interesses im materiellen Zivilrecht motiviert. Sie sollten stattdessen den Widerspruch zwischen öffentlicher Parteilichkeit und richterlicher Objektivität ausgleichen, an dem seit ihrer Einführung die Staatsanwaltschaft trug und der mit der Unterscheidung von Politik und Recht aufgetreten war. Diese Unterscheidung hatte sich aber insbesondere im

984 So etwa Hoepfner (1844), 22: „Die Frage, welches öffentliche Interesse der Staatsanwalt zu vertreten bestimmt [sei], beantwortet sich leicht. Der Staat hat, darf kein anderes haben, als eben das der Gerechtigkeit. Dieses wahrzunehmen, hat er das Richteramt bestellt, [...] eine hinzukommende Vertretung durch den Staatsanwalt erscheint als unnötig.“

985 Ogorek (1986/2008), 303.

986 s. Hoepfner (1844), 22.

987 Collin (2000), 131.

strafrechtlichen Proprium der Staatsanwaltschaft mehr als normative Zuschreibung denn als trennscharfes Faktum gezeigt. Zivilprozessuale Kompetenzen bedeuteten für Berninger und seine Mitstreiter, dass die Staatsanwaltschaft aus diesem entlarvenden Schatten des Strafrechts sich lösen, das „Odium“ abwerfen und auf Augenhöhe zum Richter treten könnte und so einen eigenen Schatten werfen würde. Das Bedürfnis, dem Berninger und Kollegen nachkamen, könnte man juristisch-justizielle Konsolidierung nennen. Dafür waren als Strategie zu Beginn der Mitte des 19. Jahrhunderts solch zivilprozessuale Ausflüge offenbar noch legitim.

Gegenwärtig hingegen residiert die staatsanwaltschaftliche, juristisch-justizielle Konsolidierungsstrategie hartnäckig in der rechtspolitischen Debatte um die Weisungsabhängigkeit der Staatsanwaltschaft. Mit der materiellen Spezialisierung der Staatsanwaltschaft auf das Strafrecht hat also zugleich auch eine Verschiebung der Konsolidierungsstrategie eingesetzt: Letztere verstreut sich nicht mehr auf eine auch außer-strafrechtliche Kompetenzausweitung, wie auf das Zivilverfahren, oder auf eine Tätigkeit als Kontrollinstanz gegenüber den Gerichten, wie es im Begriff des Gesetzeswächters anklang. Man hat vielmehr die Konsolidierungsstrategie ihrerseits den internen Bedingungen angepasst. Der Makel, das Odium der Staatsanwaltschaft besteht zwar weiterhin noch in dem Parteilichkeitsvorwurf. Die in Betracht kommenden Optionen für eine „Heilung“ der Staatsanwaltschaft hingegen bestimmen sich nun ausschließlich nach den Koordinaten von Einschluss in das oder Ausschluss aus dem Rechtssystem mit den Gerichten als Zentrum. Den lautesten Stimmen zufolge liegt die Rettung in einer stetigen Annäherung des Status der Staatsanwaltschaften an die richterliche Unabhängigkeit⁹⁸⁸. Sämtliche aktuellen Reformvorschläge beziehen sich auf das Weisungsrecht der Staatsanwaltschaft.⁹⁸⁹ Sie lassen sich grundlegend in zwei Modelle unterscheiden: In ein justizförmiges Modell – „grundsätzliche Unabhängigkeit des Staatsanwalts“, „Wegfall des Weisungsrechts“ kompensiert durch „etwa einen Instanzenzug“ – und in ein exekutivförmiges oder jedenfalls nicht-justizförmiges Modell – „Beibehaltung des bisherigen Weisungsrechts“ und „zusätzliche Kontrollen, etwa durch

988 Zur richterlichen Unabhängigkeit als Forderung der Justiz selbst und damit als „Versuch [...], die Gewinne aus der klassischen Unabhängigkeitslehre zu sichern und in Richtung auf eine weitere Verselbstständigung auszubauen“ und den eigenen Status zumindest zu stabilisieren: Simon (1975), 8; 45; 47 f.

989 In einem Diskurs, der sich seit 150 Jahren wiederholt; s. etwa Holtzendorff (1865), passim; Carsten/Rautenberg (2012), passim; Weiß (2005), passim und 27-36.

Konfliktkommissionen oder Gremien“.⁹⁹⁰ Aber gerade mit diesen Kategorien folgt man der Dichotomie von Justiz und Verwaltung, der Unterscheidung von Recht und Politik. Das bedeutet also auch für die Konsolidierungsstrategie eine strukturelle Klärung. Die Option „Staatsanwaltschaft mit zivilprozessualer Funktion“ ist in dieser Struktur weggefallen.

Sie hatte im Geschäftsalltag der Staatsanwälte auch nur geringe Bedeutung. Schon 1851 hatte der Staatsanwalt einsehen müssen, dass sein Arbeitswille in Ehesachen auf keinen fruchtbaren Boden stieß. Die eigene Behördenverwaltung passte sich diesem Umstand an. So regelte etwa die Geschäftsordnung für das Sekretariat der Staatsanwaltschaft bei dem Herzoglichen Landgericht Braunschweig 1904 die Zivilprozesssachen insgesamt mit nur einem Paragraphen, während man den Strafsachen neun Paragraphen widmete.⁹⁹¹ In den 1920er Jahren schließlich bezeichnete man die zivilrechtliche Tätigkeit des Staatsanwalts abschätzig nur noch ein nutzloses „Dekorationsmöbel“; dies freilich mit dem neuen Ziel, „daß der Staatsanwalt von aller überflüssigen Arbeit befreit werden muss.“⁹⁹²

Die Konsolidierungsstrategie über zivilrechtliche Kompetenzen hatte die Zugkraft verloren, die sie in den späten 1850er Jahren noch besaß. Ein Staatsanwalt im Zivilverfahren war überdies zum Symbol für Arbeitsüberlastung geworden. Für die Etablierung der Staatsanwaltschaft hatte man in den 1840er Jahren gerade die Übernahme aller Arbeit, die nicht als Ausfluss des richterlichen Amtes angesehen wurde, als befürwortendes Argument eingesetzt. Fast hundert Jahre später machte sich eine Verschiebung dieses Argumentes bemerkbar: Von den Gerichten war die überflüssige Arbeit zu den Staatsanwaltschaften gewandert. Ein gravierender Unterschied bestand aber. Die überflüssige Arbeit des Straf- und Zivilrichters hatte in den 1840er Jahren ihren Maßstab im Kern des richterlichen Amtes schlechthin: Im Rechtsprechen, im Urteil. Die überflüssige Arbeit des Staatsanwalts in den 1920er Jahren hingegen fand ihren Maßstab in der „nicht kriminalistischen Tätigkeit“⁹⁹³, also in einer Spezialisierung auf das Strafrecht.

Im Laufe des 19. Jahrhunderts hatten sich also die Grenzverläufe geklärt.⁹⁹⁴

990 Krebs (2002), 173 ff.

991 NLA Wolfenbüttel, 12 A Fb. 3, Nr. 247 a; § 21: „Ehe-, Kindschafts-, Entmündigungssachen und Anfechtungen von Todeserklärungen“; §§ 22-30: Strafsachen.

992 Beide Zitate bei Schmidt (1921), Sp. 271.

993 Schmidt (1921), Sp. 272.

Eine Staatsanwaltschaft im Zivilverfahren konnte sich in dieser Struktur ebenso wenig etablieren wie der allgemeine „Gesetzeswächter“, der die Richter im Urteilsstil korrigierte oder sonst wie die richterlichen Tätigkeiten auf Professionalität hin überprüfte. Die Zuständigkeit für die Ehe(scheidung) blieb als Konsequenz der stabilen Bastion aus säkularisierter Moral und Reproduktionspolitik am längsten erhalten. Auch sie wurde für die Staatsanwaltschaft aber schließlich auf das Strafverfahren konzentriert. Für eine breit konzipierte Staatsanwaltschaft, die auch in Ehescheidungsfällen, in Entmündigungs- und Vormundschaftssachen beteiligt sein sollte, trat sukzessive eine Spezialisierung ein. Von einer verfahrensmäßigen Allzuständigkeit wandten sich die Staatsanwälte ihrem „alleinigen berufsmäßigen Zweck“⁹⁹⁵ zu.

Die Allzuständigkeit entsprach den Problemlagen des institutionellen Umbruchs, die bereits angefangen hatten, sich auf andere Weise zu lösen. Vom politischen Ordnungsanspruch blieb für die Staatsanwaltschaft das „Odium“ der Parteilichkeit, das sie zu tragen hatte. Die Staatsanwaltschaft, wie sie im 19. Jahrhundert für den Zivilprozess oder als 'Überwachungsorgan' konzipiert gewesen war, war ein Nachhall bereits überholter Probleme. Von Beginn an blieb das Strafverfahren übrig.

G. Die Verwaltung des Strafrechts

Mit der Staatsanwaltschaft wurde eine Behörde institutionalisiert, die als „Anklagebehörde“ Eingang in den juristischen Diskurs fand. Ihre ersten Jahre waren nicht nur von politischer Labilität, sondern vor allem von organisatorischer Vielfalt in den Territorialstaaten geprägt. Mit den Reichsjustizgesetzen 1877/79 (StPO und GVG) legte man sie schließlich einheitlich auf das Strafverfahren fest und bestätigte dadurch eine Praxis, in der zivilprozessuale Kompetenzen zunehmend zu einer symbolischen Gesetzgebung geronnen waren.

I. Herrin des Ermittlungsverfahrens?

Mit der StPO verfestigte man die Staatsanwaltschaft nicht nur als „Anklagebehörde“, sondern auch als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“. Letzteres ist bis heute eine

994 Parallelen ergeben sich zur Entwicklung der Polizei: Diese habe „im 19. Jh. eine ganze Reihe von Aufgaben“ verloren, „so daß sie letztlich zur reinen Sicherheitspolizei wurde und insoweit die Rolle der Armee übernahm“, Roth (1997), 425. Diese Ablösung vollzog sich allerdings als Prozess – die „Allzuständigkeit“ der Polizei für die „vielfältigen Aufgaben der Wohlfahrtspflege“, aus der sich dann der „moderne Sozialstaat“ entwickelte, wurde demgemäß erst sukzessive abgelöst; Zitate bei Roth (1997), 425, in der Fn. 1.

995 Nochmals König (1882), 33.

geläufige Bezeichnung für den staatsanwaltschaftlichen Aufgabenradius im Strafprozess und nicht zuletzt gerade bei Juristen argumentativ gerechtfertigt und geschützt.

Allerdings kann man seitens der Staatsanwaltschaft selbst Zweifel an ihrer 'Herrschaft' im Ermittlungsverfahren vernehmen. Bundesanwalt Max Kohlhaas äußerte sich Anfang der 1960er Jahre zu den neuesten Entwicklungen im strafprozessualen Ermittlungsverfahren. Er bezog sich auf Veränderungen im Organisations- und Arbeitsradius der Staatsanwälte. Die Verfahrenspraxis, die „tatsächliche Entwicklung“ sei seit Einführung der StPO 1877 „von den idyllischen Zeiten, in denen der leitende Staatsanwalt seinen Bezirk noch übersehen und würdigen“ und „an Ort und Stelle erscheinen konnte“, in die „moderne Großstadt“ übergegangen, wo „solcher Überblick völlig verloren gehen musste“.⁹⁹⁶ Kohlhaas meldete damit strukturelle Zweifel an der Herrschaft des Staatsanwaltes über das Ermittlungsverfahren an. Die Möglichkeit, dass der Staatsanwalt tatsächlich selbst Ermittlungen wahrnahm und maßgeblich bestimmte, war danach grundlegend denkbar nur in zwei Konstellationen. Eine entsprach der Kohlhaas'schen Nostalgie, die andere bahnte sich 1963 gerade an.

Die Konstellation, die Kohlhaas kontrastreich mit den idyllischen Zeiten und der modernen Großstadt zeichnete, soll hier die 'traditionelle Konstellation' genannt werden. 'Traditionell' impliziert dabei keine negative Bewertung⁹⁹⁷, sondern deutet an, dass eine solche Konstellation zur Lösung von Problemen allein nicht mehr herangezogen wird und zwar auch deshalb, weil in dieser traditionellen Konstellation das Lokale und die Einheit von Zeit und Raum ausschlaggebend sind. Das Privatleben und das Berufsleben fallen hier mitunter zusammen; ein 'Überblick' ist möglich. Das, was man jeden Tag lebt, sagt und macht, kann als kohärente Einheit, als sinnhafte Handlung mit konkret absehbaren Folgen wahrgenommen werden. Der Kommunikationsradius ist örtlich und zeitlich begrenzt, aber gerade deswegen ist er als sinnvoll und sinnstiftend wahrnehmbar. In einer solchen traditionellen Konstellation erscheint der ermittlungsleitende Staatsanwalt „an Ort und Stelle“ als Autorität, die mit eigener Würde ausgestattet ist. Seine berufliche Tätigkeit stellt nicht nur Expertise bereit, sondern gleichermaßen einen persönlichen, sozialen Status dar. Bei der strafverfolgenden Ermittlung treffen in dieser Konstellation wiederholt

⁹⁹⁶ Kohlhaas (1963), 71.

⁹⁹⁷ Wie es etwa die Attribute „überkommen“ oder „veraltet“ dem Sprachgebrauch nach tun.

diejenigen zusammen, die – wie im Beispiel von Kohlhaas als leitender Staatsanwalt und als Dorfpolizist – bereits ein eingespieltes Team sind und nicht nur die professionelle Fähigkeit des anderen, sondern auch seinen sozialen Status sowie seine Biographie näher kennen. Die traditionelle Konstellation lässt sich darum auch als personales Kontaktsystem beschreiben, innerhalb dessen sich die berufliche Identität nur schwer von der gesamten persönlichen Identität trennen lässt. Das Kennzeichen eines solchen Kontaktsystems ist gerade nicht die „Kontaktzersplitterung“, die Distanz oder die Spezifizierung, sondern die Einheit in zeitlicher, sachlicher und sozialer Beziehung.⁹⁹⁸ Im Kontext eben dieser Einheit ist der Staatsanwalt als tatsächlich ermittelnder Staatsanwalt möglich, der die Dinge selbst in die Hand nimmt. Eine Arbeitsteilung von Kriminalistik – Dorfpolizist – und Recht – Staatsanwalt – mag auch hier vorhanden sein, sie ist aber kein trennender Faktor für den Niederschlag der sozialen Beziehungen im Berufsalltag.

Die zweite Konstellation eines tatsächlich ermittelnden Staatsanwalts, die sich zu Zeiten von Kohlhaas gerade erst andeutete, tritt mit einer 'spezialisierten' Staatsanwaltschaft auf. Damit sind Abteilungen der Behörde gemeint, die ab den 1960er Jahren als sogenannte Schwerpunktstaatsanwaltschaft mit einer konzentrierten Sachzuständigkeit etabliert wurden. Auf diese „spezialisierten Dezernate im Bereich der Wirtschafts- und Organisierten Kriminalität“ sei eine „Verfahrensherrschaft im Wortsinne [...] im Wesentlichen beschränkt.“⁹⁹⁹ Je komplexer der Fall, desto eher wirkt der Staatsanwalt selbst in den Ermittlungen. Auch hier kann wieder das Personale die alltägliche Bürokratie durchbrechen: Dezernate wie die Münchener Staatsanwaltschaft für Wirtschaftskriminalität werden als „die Ermittler“¹⁰⁰⁰ bekannt, und laufen in der Presse unter dem Namen „die Korruptionsjäger“¹⁰⁰¹.

Im Alltag seiner Behörde war und ist der tatsächlich ermittelnde Staatsanwalt als konstitutives Element aber eher eine Ausnahme. Ähnlich, wie unser ehemals in den preußischen Ehescheidungsverfahren tätiger Staatsanwalt 1851 beschrieben hatte, mag auch in Strafverfahren dem Staatsanwalt die Ermittlungskompetenz aufgegeben

998 s. Luhmann (1969), 80 f.

999 Jahn (2007), 550.

1000 Spiegel Online, „Fall Gribkowsky: Staatsanwaltschaft verbietet BayernLB eigene Ermittlungen“, vom 5. Januar 2011, zuletzt aufgerufen am 20. November 2015: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/0,1518,737980,00.html>.

1001 manager magazin online, „Die Korruptionsjäger von München I“, vom 20. Oktober 2011, zuletzt aufgerufen am 20. November 2015: <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/0,2828,792926,00.html>.

worden sein. Dass allerdings sein Arbeitsalltag zwar manch kriminalistische Denkarbeit beinhaltet, aber kaum aus tatsächlich ermittelnder 'Spurensuche' bestehen kann, wird in dem Bild vom „Kopf ohne Hände“ sichtbar: Mit dieser schon als geflügeltes Wort zu qualifizierenden Metapher wird regelmäßig der Umstand beschrieben, dass die Staatsanwaltschaft keinen eigenen Personalunterbau für Ermittlungen besitzt und auch deswegen von der Polizei 'abhängig' sei.¹⁰⁰² Während also heute § 160 Abs. 1 StPO die eigenständige Ermittlungspflicht für den Staatsanwalt statuiert, zeigt sich in der Praxis, dass die Staatsanwaltschaft der Polizei bei den Ermittlungen „freien Lauf“ lasse: Sie übernehme die polizeilichen Ergebnisse und segne diese ab – wenn sie denn überhaupt in die Ermittlungstätigkeit von Seiten der Polizei integriert werde und nicht, wie es „in der Masse der Kriminalität“ die Regel sei, erst mit „der Niederschrift des abschließenden Vermerks“ von der Ermittlung informiert werde.¹⁰⁰³ Maßgeblicher Zeitpunkt für die faktische Ermittlungsherrschaft der Staatsanwaltschaft sei die Aktenübergabe durch die Polizei, die aber in der Regel erst statfinde, wenn die Polizei den Vorgang für „durchermittelt“ halte.¹⁰⁰⁴

Die Abhängigkeit der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsarbeit von den professionellen Vorergebnissen, die die Polizei liefert, bestand schon früher. 1908 etwa gab der Erste Staatsanwalt im Herzogtum Braunschweig zu Protokoll, dass die „geringen Prozente [der beendeten gerichtlichen Voruntersuchungen] im Herzogtum“ im „so ausgezeichnet geschulten Personal der Kriminalpolizei“ gründeten.¹⁰⁰⁵ Denn „dieses Exekutivpersonal legt uns unzählige Sachen, ehe wir von deren Existenz eine Ahnung hatten, fertig und überreif zur Anklage vor“.¹⁰⁰⁶ Im Regelfall hat die Staatsanwaltschaft also über Ergebnisse zu entscheiden, die ihr von polizeilichen Ermittlungsbeamten als „ausermittelter Vorgang“ präsentiert werden.¹⁰⁰⁷ Von der

1002 Elsner (2008), 47 f.

1003 Stock/Kreuzer (1996), 227; 229 f.; mit umfassender Auswertung des Forschungsstandes zur generellen Interaktion von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren und eigenen empirischen Studien, 224-263.

1004 Stock/Kreuzer (1996), 250.

1005 NLA Wolfenbüttel, 42 B Neu Fb. 3, Nr. 76; Schreiben des Ersten Staatsanwalts Pessler vom 23. April 1908 an den Oberstaatsanwalt, bezüglich einer Anfrage von Prof. W. [Wolfgang] Mittermaier über die Voruntersuchungen. Mittermaier hatte seine Anfrage am 2. April 1908 gestellt; er war vom Deutschen Juristentag mit einem Gutachten zur strafprozessualen Voruntersuchung beauftragt worden. Die beendeten Voruntersuchungen im OLG-Bezirk Braunschweig waren zahlenmäßig die kleinsten im Kaiserreich.

1006 NLA Wolfenbüttel, 42 B Neu Fb. 3, Nr. 76; Unterstreichung im Original.

1007 Jahn (2007), 552.

vorgeblichen Herrschaft über das Ermittlungsverfahren übrig blieben dann nur noch die „Endkontrolle“ und kleinere „Randkorrekturen“.¹⁰⁰⁸

Gerade für den Staatsanwalt als Jurist, der die generalisierte Ausbildung durchlaufen hatte, kam in der Regel eine eigene Ermittlungstätigkeit nicht in Frage. Nicht nur in Ehescheidungssachen, auch im Strafverfahren war der tatsächlich untersuchende und kriminalistisch tätig werdende Staatsanwalt ressourcenabhängig und organisatorisch eher die strukturelle Ausnahme als die Regel. Gerade auch für das Strafverfahren müsste diese Annahme gelten, denn hier steht der Staatsanwalt vor einem sich stets weiter professionalisierenden und spezialisierenden Verwaltungsapparat der Sicherheits- und Kriminalpolizei¹⁰⁰⁹.

Wenn der Staatsanwalt heute ermittelt, dann leitet er die Untersuchungen – der 'Kopf ohne Hände' mag den Überblick über Ermittlungen etwa in verschiedenen Bundesländern besitzen. Er organisiert dann das Vorverfahren, kann gebündelte Entscheidungen treffen und die polizeilichen Ermittler anleiten, wenn diese noch einer Anleitung bedürfen sollte. Die Staatsanwaltschaft funktionierte im Ermittlungsbereich vor allem als Kontrollinstanz mit starken Selektionsbefugnissen; ihre Zurückhaltung sei kein Zeichen von Schwäche, sondern ein Zeichen effizienter und effektiver Arbeitsteilung – sie bündele „Ressourcen in sinnvoller Weise“.¹⁰¹⁰

II. Die Einstellungsbehörde

Wenn in der strafprozessualen Hauptverhandlung die alltägliche Arbeit der Staatsanwaltschaft als 'Anklagebehörde' grundsätzlich auf eine Einleitung und auf teilnehmende Beobachtung beschränkt ist; wenn im Ermittlungsverfahren die Staatsanwaltschaft ein 'Kopf ohne Hände' ist – was bleibt neben einer verwaltungstechnischen Organisation, wie sie sich etwa in der Strafvollstreckung und der Pflege der äußeren Kommunikationsanbindungen der Strafrechtspflege zeigt, noch übrig?

Nicht nur Jagemann und Bomhard hatten sich mit der Möglichkeit beschäftigt, dass der Staatsanwalt die Anklage „fallenlassen“ oder das Verfahren gar nicht erst bis zur Anklage kommen lassen konnte. Noch nicht mit einem Terminus technicus versehen, hat diese Handlungsoption die Arbeit der Staatsanwälte nicht nur von Anfang begleitet, sondern scheint ein wesentlicher Teil davon gewesen zu sein. Das schlug

1008 Jahn (2007), 552.

1009 Dazu Roth (1997), passim.

1010 Alles bei Henrichs (2001), 366.

sich auch in der Einsicht nieder, dass das richterliche Urteil Bedingungen unterlag, die nicht durch den Richter festgelegt waren.

So musste man in der Mitte des 19. Jahrhunderts festhalten, dass das strafgerichtliche Urteil als Endprodukt einer Verfahrenskette notwendigerweise konditioniert war.¹⁰¹¹ Vorsichtige Hoffnungen auf ein unabhängiges, autonomes Urteil setzte man bei der Anklageerzeugung an. Diese gab man zunächst als abstrakten Verfahrensschritt aus, der seinen Grund im Gesetz habe: „Jede Uebertretung eines Strafgesetzes erzeugt eine [...] Klage [...]“.¹⁰¹² Damit ließ man, dem Richter und seinem Urteil gewissermaßen politisch vorgelagert, die Gesetzesbindung des Staatsanwaltes anklingen. Allerdings führte diese gebundene Anklageerzeugung nun gerade nicht zu einem automatisch erzeugten Gerichtsverfahren, wie man festhalten musste: „Jede Uebertretung eines Strafgesetzes erzeugt eine Klage, die vor dem zuständigen Strafgerichte verfolgt werden kann“¹⁰¹³ – verfolgt werden kann, und nicht: verfolgt werden muss.

Von einer allgemeinen Anklagepflicht als weitere Folge des materiell aufgeladenen strafrechtlichen Legalitätsprinzips¹⁰¹⁴ war keine Rede. 1853 schien man überhaupt erst dankbar sein zu müssen für die Möglichkeit, dass Anklagen¹⁰¹⁵ vor Gericht verfolgt werden konnten: „Jede Uebertretung eines Strafgesetzes erzeugt eine Klage, welche, wenn nicht die Strafbarkeit ausgeschlossen oder getilgt ist, oder eine landesherrliche Abolition erfolgt, [...] verfolgt werden kann.“ Das waren also viele Bedingungen, nicht nur für das Urteil, sondern auch für die Anklage. Die Auswahloptionen, die der Staatsanwaltschaft im Strafprozess zukamen, waren eine dieser selektiven Bedingungen für das Strafurteil.

So setzte man sich mit der Einstellungsbefugnis der Staatsanwaltschaft auseinander,¹⁰¹⁶ bevor Opportunitätsregeln Eingang in Gesetze gefunden hatten oder überhaupt entsprechende Kodifikationen erlassen worden waren. Der argumentative Ansatzpunkt für die 'Opportunität' lag dabei an einer Stelle im Verfahrensablauf, wo

1011 Twele (1853), 20: „Die Abgabe eines Strafurtheils ist [...] bedingt.“

1012 Twele (1853), 20.

1013 Twele (1853), 20.

1014 Dazu aus strafrechtshistorischer Perspektive Vormbaum (1988), 150 ff.; Dettmar (2008), passim. Das Legalitätsprinzip, wie es mit der StPO etabliert wurde, bezieht sich auf die Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens und nicht auf eine Anklagepflicht.

1015 Die Verwendung des Begriffes „Klage“ im strafrechtlichen Kontext entsprach dem damaligen Wortgebrauch, wie er dann auch 1877 in die StPO übernommen wurde und seitdem etwa über die §§ 160 Abs. 1, 170 Abs. 1 StPO als rechtstechnischer Begriff unverändert weiterhin gilt.

1016 Beschrieben bei Collin (2000), 182.

man sie heute nicht mehr erwarten würde. Man stritt darum, ob der Staatsanwalt auch dann noch das Verfahren einstellen oder diese Entscheidung zumindest beantragen durfte, wenn bereits die Anklage erhoben worden war.¹⁰¹⁷ Dass dem Staatsanwalt bei seiner Entscheidung überhaupt ein Ermessen zukam und er Einstellungen im Vorverfahren vornahm, war stille Voraussetzung für diesen Streit. Das indiziert auch ein Sitzungsprotokoll aus dem Preußischen Staatsministerium¹⁰¹⁸: Damals einigte man sich darauf, dass „nicht das Ermessen des Staats-Anwalts allein, sondern der pflichtmäßige Befund des mit der Sache einmal befaßten Gerichts darüber entscheidet, ob die Untersuchung fortzusetzen, oder das weitere Verfahren einzustellen sei“¹⁰¹⁹. Umstritten war also, inwieweit das Gericht an den staatsanwaltschaftlichen Entscheidungen noch mitwirken oder sie kontrollieren konnte, wenn es denn als Forum bereits einmal mit der Sache befaßt worden war. Das betraf dem damaligen Verfahrensablauf nach die Richter, die in Kriminal­sachen die gerichtliche Voruntersuchung zu führen hatten. Dieser Verfahrensabschnitt des Strafprozesses wurde im Laufe des 19. Jahrhunderts mitsamt seinen 'Voruntersuchungsrichtern' immer weniger praktiziert und schließlich in den Justizreformen der 1920er Jahre abgeschafft. Die Einstellungsarbeit der Staatsanwaltschaft wurde parallel als Kompetenz zunehmend legalisiert. Diesen Prozess kann man als Verdrängung gerichtlicher Kompetenzen zugunsten des Ausbaus und der Stärkung der Staatsanwaltschaft darstellen – und als Konsequenz der Reformforderung, den Richter von inquisitorischen Handlungen zu befreien. Da aber die heutigen Einstellungsentscheidungen dem Gesetz nach grundsätzlich der richterlichen Zustimmung bedürfen,¹⁰²⁰ ließe sich vor allem vermuten, dass das Problem, das in diesem Rahmen verhandelt wird, seit dem 19. Jahrhundert dasselbe ist: Mit der Staatsanwaltschaft bekamen die Gerichte in Kriminal­sachen einen

1017 Collin (2000), 182.

1018 GStA PK, I. HA, Rep. 90A, b III 2b, Nr. 6, MF, 89-90; Protokoll der Sitzung vom 23. Dezember 1848.

1019 GStA PK, I. HA, Rep. 90A b III 2b, Nr. 6, MF, 89-90. Außer „überwiegende Gründe“, die für die „Mehrheit der Stimmen“ ausschlaggebend waren, wurden keine weiteren Parameter der Einigung protokolliert.

1020 Beispielhaft sind die Entscheidungsmöglichkeiten nach § 153 Abs. 1 StPO, wonach grundsätzlich die Zustimmung des Gerichts („Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht“) erforderlich und nur unter weiteren Voraussetzungen („Der Zustimmung des Gerichtes bedarf es nicht bei einem Vergehen, das nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist und bei dem die durch die Tat verursachten Folgen gering sind“) entbehrlich ist.

weiteren Entscheidungsträger zur Seite gestellt, der sich zunehmend institutionalisierte, aber von Anfang an vor allem eine Konkurrenz darstellte.

1. Die Voruntersuchung

Schon 1811 stritten sich ein Richter und ein Nicht-Richter um die Arbeitsteilung in einem Strafverfahren: Am Marburger Kriminalgerichtshof konnten sich Richter Scheffer und Generalprokurator Hanstein nicht über den Umfang der Voruntersuchung einig werden.¹⁰²¹ Hanstein bestand auf ergänzenden Untersuchungsmaßnahmen in der Voruntersuchung und wollte diese in einem Kriminalfall etwa in „28 Punkten“ weiter fortsetzen. Richter Scheffer machte hingegen „erbst“ darauf aufmerksam, dass „man nicht jede Nebensächlichkeit schon im Vorverfahren aufklären“ müsse.¹⁰²² Der Richter nahm in Anspruch, die Entscheidung treffen zu können und zu müssen, während der Generalprokurator diese lediglich peripher vorzubereiten habe. Hanstein hingegen insistierte, dass es die Aufgabe des Richters sei, die bereits getroffene Entscheidung „nur in der Öffentlichkeit [zu] wiederholen“¹⁰²³. Der Streit um den „Geist des Verfahrens“ war also ein Streit um Entscheidungsmacht zwischen zwei konkurrierenden¹⁰²⁴ Justizakteuren.

Dieser Konflikt pflanzte sich noch bis in das 20. Jahrhundert hinein fort; solange, bis die gerichtliche Voruntersuchung schließlich abgeschafft worden war¹⁰²⁵. Die gerichtliche Voruntersuchung sollte der Vorbereitung des Hauptverfahrens durch „Stoffsammlung“¹⁰²⁶ dienen. Sie entsprach damit konzeptionell dem heutigen Ermittlungsverfahren und wurde durch einen Richter geleitet. Er konnte Untersuchungshandlungen wie die Vorladung des Angeeschuldigten vornehmen

1021 Zur Nedden (2003), 74. Der Marburger Kriminalgerichtshof war der des Werra-Departements im Königreich Westphalen (1807-1813). Mit der westphälischen Verfassung vom 7. Dezember 1807 führte man den Code Napoléon und eine neue Gerichtsverfassung ein. Der am Marburger Kriminalgerichtshof ansässige Generalprokurator Hanstein war zuvor Regierungsrat gewesen; 14, 19.

1022 Zur Nedden (2003), 74 f.

1023 Zur Nedden (2003), 75.

1024 Schumacher (1987) sieht die „Einstellung der Richter und Staatsanwälte zu Fragen der Kompetenzverteilung“ grundsätzlich und „durchgängig von rivalisierenden Kompetenzegoismen geprägt“, 15: Richter tendierten dazu, „an dem überlieferten Modell der Kompetenzverteilung festzuhalten, während Staatsanwälte eher auf Kompetenzveränderungen zu ihren Gunsten abzielen.“

1025 Durch das „Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts“ (1. StVRG), vom 9. Dezember 1974. Rieß (1999), Rn. 112 f.: „Bemerkenswert“ am 1. StVRG sei, dass es „eine Reihe noch aus der Entstehungszeit der StPO stammende Institutionen beseitigte“; zu den „wichtigsten strukturellen Änderungen“ habe „die Neuabgrenzung der Zuständigkeit zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren“ und die „Abschaffung der gerichtlichen Voruntersuchung“ gehört.

1026 Wohlers (1994), 159.

lassen, war aber nicht für die Annahme einer Anzeige und auch nicht für die Anklage zuständig. Auch deswegen meint man, dass die Staatsanwaltschaft in den Territorialstaaten „ursprünglich nicht als Untersuchungs- bzw. Ermittlungsorgan konzipiert“ und „auch in den späteren Phasen der Reformgesetzgebung nicht als das eigentliche Untersuchungsorgan angesehen“ worden sei“¹⁰²⁷.

Auch der Voruntersuchungsrichter war damit aber nicht 'das eigentliche Untersuchungsorgan'. Er wurde mit der StPO von 1877 grundsätzlich von der Initiative der Staatsanwälte abhängig gemacht, da es ihre Entscheidung war, auf die gerichtliche Voruntersuchung anzutragen oder nicht.¹⁰²⁸ Und zumindest für Preußen ist schon für die Zeit ab den 1850er Jahren davon auszugehen, dass alsbald nach der Institutionalisierung der Staatsanwaltschaft die „fakultative gerichtliche Voruntersuchung [...] auf wenige Fälle beschränkt“ und „zur Regel ein staatsanwaltschaftliches Vorverfahren wurde, in dem der Untersuchungsrichter den Anträgen der Staatsanwaltschaft zu folgen hatte.“¹⁰²⁹ Gegenüber der richterlich geführten Voruntersuchung grenzte man diese Verfahren mit dem Fachausdruck 'Skrutinalverfahren' ab. Die preußische Staatsanwaltschaft führte also gegenüber dem Untersuchungsrichter die faktische Herrschaft über die Voruntersuchung. Damit hatte er eine relative Machtposition inne, denn unabhängig von den Ermittlungskompetenzen¹⁰³⁰ des Staatsanwalts war die Stoffsammlung, die tatsächliche Ermittlung vom zunehmend professionalisierten und spezialisierten Verwaltungsapparat der Sicherheits- und Kriminalpolizei¹⁰³¹ übernommen worden. Zwischen Staatsanwälten und Richtern wechselte lediglich die Zuständigkeit für mögliche Kontrollmaßnahmen der polizeilichen Untersuchungen.

Diese Verfahrensgestaltung war zum einen der politischen Reaktion in Preußen geschuldet. Sie fand aber auch politisch-transzendenten Anklang, weil man hoffte,

1027 Wohlers (1994) sieht die „Auffassung, die Staatsanwaltschaft sei mit dem Ziel in das Strafverfahren integriert worden, den Richter von der eigentlichen Untersuchungstätigkeit zu befreien“ nicht „in Einklang mit den historischen Tatsachen“ stehen, 161. Die Befreiung 'des Richters' von Untersuchungstätigkeiten hat aber sehr wohl stattgefunden: Für die Juristen auf einer Kritik- und Legitimationsebene und für 'den Richter' im Strafprozess dadurch, dass der heutige Untersuchungsrichter vor allem als rechtsstaatliche Kontrollinstanz (Art. 104 GG) gegenüber den Strafverfolgungsbehörden verstanden wird.

1028 Wie zu allen anderen Verfahrens- und Organisationsfragen finden sich auch bezüglich der Voruntersuchung in den Gesetzen der einzelnen Territorialstaaten vor allem Varianten; s. dazu Wohlers (1994), 120 ff.; 158 f.

1029 Collin zur Ausgestaltung der Kompetenzen der Staatsanwaltschaft in Preußen in den 1850er Jahren, (2000), 237.

1030 Etwa für den Ermittlungsantrag oder den Haftbefehl.

1031 Nochmals Roth (1997), passim.

über eine hierarchisch ausgestaltete Verwaltung gerade unter den aufkommenden Bedingungen eines konstitutionell-parlamentarisch organisierten Staates trotz parlamentarischer Regierungswechsel auf eine stetig bleibende „Organisationsstruktur“ zugreifen zu können.¹⁰³² Die Gerichte waren von dieser Struktur ausgenommen. Die Staatsanwaltschaft hingegen war es nicht, und noch weniger war es die Polizei.

Aus dieser Perspektive lässt sich das Zurückdrängen der gerichtlichen Voruntersuchung als Förderung einer Verwaltungsstruktur erklären, die einen konstant bleibenden und effektiv-steuerbaren Zugriff auf Strafverfahren als Mittel einer Kriminalpolitik versprach.

Für den Staatsanwalt in seiner alltäglichen Arbeit allerdings stellte sich dieses Verhältnis, wie es schon 1811 Richter Scheffer und Generalprokurator Hanstein vorgelebt hatten, noch bis zur endgültigen Tilgung der gerichtlichen Voruntersuchung als konstanter Streit um die Entscheidungsmacht dar. Der Staatsanwalt sollte die gerichtliche Voruntersuchung nutzen können, um „Materialien der Anklage zu sammeln“¹⁰³³, also weitere Ermittlungen zu betreiben. Für dieses Anliegen sei die Voruntersuchung „umständlicher aber sicherer“ als Nachforschungen nach eigenem Ermessen“. Allerdings war ihr Einsatz bereits „so weit beschränkt, daß er [der Staatsanwalt] bei Vergehen der untersten Ordnung keine gerichtliche Voruntersuchung fordern darf. Sie wäre zu schwerfällig für den unbedeutenden Zweck.“¹⁰³⁴ Außerdem schränkte sie den Staatsanwalt selbst ein: Der umsichtige Staatsanwalt sollte „nicht außer Acht lassen, daß er durch den Antrag auf gerichtliche Voruntersuchung die Festsetzung des Resultats aus der Hand gibt, da nach den meisten Gesetzgebungen dem Gericht eine entscheidende Stimme darüber gegeben ist.“¹⁰³⁵ So markierte der „Beginn der gerichtlichen Voruntersuchung einen Wechsel in der Herrschaft über das Vorverfahren“¹⁰³⁶. Dem Staatsanwalt oblag es in seinem Alltagsgeschäft in den allermeisten Fällen, über diesen Wechsel zu entscheiden.¹⁰³⁷

1032 Collin (2000), 243 ff.

1033 Planck (1857), 207. In Preußen sollte der Staatsanwalt auf gerichtliche Voruntersuchung entscheiden, wenn der Fall in die Zuständigkeit von Schwurgerichten gehörte, Collin (2000), 197.

1034 Planck (1857), 207.

1035 Planck (1857), 208.

1036 Collin (2000), 197.

1037 Collin (2000), 197: Es lag bei der Staatsanwaltschaft, „darüber zu befinden, ob sie durch die Beantragung einer gerichtlichen Voruntersuchung die Entscheidung über das weitere Schicksal des Verfahrens aus der Hand gebe“; in Preußen sei die allein vom Staatsanwalt betriebene „nichtförmliche Voruntersuchung [...] zum Normalfall“ geworden, 198.

Es stellt sich die Frage, ob für diese Entscheidung im Laufe der Praxis Richtlinien entwickelt wurden, denn das „Gesetz enthielt hierzu keine eindeutige Regelung“¹⁰³⁸. Es zeigte sich, dass die Staatsanwaltschaft das Gericht nur ungern für eine komplette Voruntersuchung, wohl aber „in starkem Ausmaß“ für einzelne Untersuchungshandlungen wie etwa die Beschlagnahme beanspruchte.¹⁰³⁹ Generelle Handlungsanweisungen zum Gebrauch der Voruntersuchung finden sich in dem Handbuch von Staatsanwalt Marck. Auf die gerichtliche Voruntersuchung sollte man zugreifen, „wenn die Ermittlungen voraussichtlich sehr weitschichtige sein werden, wenn die Rechtsfrage eine sehr verwickelte ist“¹⁰⁴⁰. Der Voruntersuchungsrichter wurde demnach als zusätzliche Personalressource herangezogen, wenn der Arbeitsaufwand den Staatsanwalt zu überwältigen drohte. Außerdem setzte man ihn auf Fälle an, die wegen „persönlicher, politischer und sonstiger Beziehungen“ heikel erschienen: Durch eine Voruntersuchung lasse sich ein Antrag auf Außerverfolgungsetzung mit entsprechendem Gerichtsbeschluss erwirken, wo sonst „eine Einstellung nach abgeschlossenem Vorbereitungs-Verfahren“ nötig sei, die „weit leichter den Schein der Willkür“ erzeuge.¹⁰⁴¹ Der richterlichen Entscheidung kam also erfahrungsgemäß größere Legitimität zu. Damit war sie in Fällen, die einen (weit verstandenen) Korruptionsverdacht nach sich zogen, das strategisch klügere Mittel für den Staatsanwalt, eine Entscheidung zu erlangen und abzusichern.

Ende des 19. Jahrhunderts stritten sich Richter und Staatsanwalt noch immer um ihre Entscheidungsmasse. Im Herzogtum Braunschweig konnten die Staatsanwälte eine gerichtliche Voruntersuchung beantragen; dazu verpflichtet waren sie für die Erhebung ihrer Anklagen nicht. 1902 hatte der Erste Staatsanwalt Pessler eine geheim zu haltende Behördenumschrift mit Richtlinien zur Voruntersuchung verfasst.¹⁰⁴² Danach war diese grundsätzlich zu „vermeiden“¹⁰⁴³ und in obligatorischen Fällen galt sie als „lediglich eine Formale, und es wird der Staatsanwalt gut tun, den Herrn Untersuchungsrichter bei Stellung des Antrages davon in Kenntnis zu setzen. Dem – selbstverständlich von der Staatsanwaltschaft ganz unabhängigen – Untersuchungsrichter wird dieses stets erwünscht sein“. Auch er wollte schließlich

1038 Collin (2000), 200.

1039 Collin (2000), 199 f.

1040 Marck (1903), 302.

1041 Marck (1903), 302.

1042 NLA Wolfenbüttel, 42 B Neu Fb. 3, Nr. 76, 1904/1905.

1043 NLA Wolfenbüttel, 42 B Neu Fb. 3, Nr. 76, 1904/1905: In „allen denjenigen Fällen, in denen sie nicht aus sachlichen Gründen geboten“ sei.

unnötigen Arbeitsaufwand vermeiden, wenn „bereits im Ermittlungsverfahren die Sache soweit aufgeklärt erscheint, StPO § 188 (z.B. wenn glaubwürdiges Geständnis vorliegt)“.

Für Pessler gaben verwaltungsorganisatorische Parameter der Rechtspflege den Ausschlag: „Drei Umstände sind demnach hervorzuheben, welche den Staatsanwalt verpflichten, auf das Sorgsamste zu prüfen, ob in Einzelfällen Voruntersuchung zu beantragen ist: 1.) Der Staatsanwalt ist Herr des Vorverfahrens. Er giebt nicht nur die Leitung der Sache sondern auch die eminente wichtige Befugnis zur Einstellung des Verfahrens aus der Hand, sobald er Voruntersuchung beantragt. 2.) Die Voruntersuchung, in welcher der Untersuchungsrichter durch gesetzliche Formalien weit mehr in der Bewegungsfähigkeit eingeengt ist als der Staatsanwalt, bedingt fast immer eine Verzögerung der Entscheidung 3.) Die Voruntersuchung belastet die Staatskasse mit weit erheblicheren Kosten als das – meist billige – Ermittlungsverfahren.“¹⁰⁴⁴

1904 musste sich Pessler dann genau wegen dieser Richtlinien einer Dienstbeschwerde von Landgerichtsrat Ludewig stellen. Dieser war einer der zwei Richter, die für die gerichtliche Voruntersuchung zuständig waren und er beschwerte sich, er „habe zu wenig zu tun“, „unter dem anfallenden Arbeitsaufkommen“ wäre ein einziger Untersuchungsrichter für das Herzogtum „völlig genüge“; die Staatsanwälte seien wohl nicht nach den durch Ministerialreskript aufgestellten Grundsätzen vorgegangen.¹⁰⁴⁵ Pessler verteidigte seine Behörde damit, dass sich seit Eingang der Dienstbeschwerde „die Zahl der Voruntersuchungen noch etwas vermindert“ hätte; ein Umstand, der „aber trotz der Beobachtung der Vorschriften eingetreten“ sei. Keine schlechte Arbeit der Staatsanwälte sei also an der Misere von Richter Ludewig schuld – der Grund müsse nicht „darin gefunden werden, dass eben weniger zur Voruntersuchungen sich eignende Straftaten vorgekommen sind. Jeder in der staatsanwaltschaftlichen Praxis Erfahrene weiß: Bald ist Hochflut, bald ist Ebbe [...]. Hieran kann die Staatsanwaltschaft nichts ändern.“¹⁰⁴⁶

Der Erste Staatsanwalt signalisierte, dass die Fallbeschaffung nicht in der Macht seiner Behörde liege. Das verlor freilich vor dem Hintergrund der von ihm verfassten

1044 NLA Wolfenbüttel, 42 B Neu Fb. 3 Nr. 76, 1904/1905; Unterstreichung original.

1045 NLA Wolfenbüttel, 42 B Neu Fb. 3 Nr. 76, 1904/1905: Erwiderung der Beschwerde durch den Ersten Staatsanwalt Pessler.

1046 NLA Wolfenbüttel, 42 B Neu Fb. 3 Nr. 76, 1904/1905: Erwiderung der Beschwerde durch den Ersten Staatsanwalt Pessler.

Richtlinien, die Richter Ludewig nur als Sparmaßnahme für seinen eigenen Arbeitsbereich begreifen konnte, an Glaubwürdigkeit. Pessler stellte auch klar, dass die staatsanwaltschaftliche Arbeit ein gewisses Maß an verwaltungstechnischer Gleichmütigkeit mit sich brachte. In der Strafrechtspflege näher an der Kontingenz angesiedelt,¹⁰⁴⁷ nahm man als Staatsanwalt die Umwelt, die Fälle und ihre Akten am besten, wie sie kamen und gingen. Auf der eigenen Entscheidungsmacht, auf der „eminently wichtigen Befugnis zur Einstellung“ sollte man umso mehr beharren.

2. Legal und opportun

Anders als viele rechtspolitische, rechtshistorische und rechtssoziologische Arbeiten suggerieren, waren die als opportun verfehmten Entscheidungsmöglichkeiten der Staatsanwaltschaft weder für ihr Personal noch für die Juristen insgesamt je ein Novum gewesen.

Gerade zu Beginn der Einrichtung der Staatsanwaltschaften pries man die Einstellung des Verfahrens als Vorteil der neuen Institution – wobei jene bei den Juristen wenig später in Misskredit geriet. Zunächst verkündete man allerdings noch freimütig, dass die Staatsanwälte „nicht verpflichtet [sind], auf alle und jede Anzeigen und Denunciation einzutreten [...] und sie dürfen dazu auch nicht verpflichtet sein, wenn sie nicht ihren Charakter der Unparteilichkeit verlieren sollen.“¹⁰⁴⁸ Damit verwies man auf die Inkonsistenz, die sich in den rechtspolitischen Argumentationen auftat, wenn man einerseits die Staatsanwälte als strafverfolgungssüchtige Erben des Inquirenten disqualifizierte und andererseits ihnen gegenüber einen unbedingten, gesetzlich indizierten Verfolgungszwang zur Pflicht erhob. Dieser Verfolgungszwang wurde später schlagwortartig in der politischen Idee des strafprozessualen Legalitätsprinzips zusammengefasst.

Den Weg zu dieser regulativen Idee bereiteten, schenkt man zeitgenössischen Aussagen Glauben, vor allem die Juristen und die Rechtswissenschaftler.¹⁰⁴⁹ Das Legalitätsprinzip wird im strafrechtlichen Kontext begrifflich als Anklagezwang¹⁰⁵⁰ oder inzwischen traditionell als Strafverfolgungszwang¹⁰⁵¹ verwandt. Es transportiert

1047 Stelling (1893), 865: Der Staatsanwalt stehe „wie kein anderer im Leben“.

1048 Frey (1850), 99 f.

1049 Frey (1850), 99 f.: „Viele Rechtslehrer sind aber der Ansicht, daß die Staatsanwälte zur Stellung einer öffentlichen Anklage verpflichtet sind, sobald ihnen die Verletzung eines Strafgesetzes angezeigt sei“.

1050 Etwa Marck (1913), 129 f.: „Die Anklagepflicht (Legalitätsprinzip)“ stehe „im Gegensatz zum Zweckmäßigkeitsgrundsatz (Opportunitätsprinzip)“.

1051 Vormbaum (1988), 151.

zudem einen „materiellen Gehalt“, indem es mit Gerechtigkeit verknüpft wird.¹⁰⁵² Darauf deutet auch eine Verbindung zum „materiell verstandenen Rechtsstaatsprinzip“ hin: In dem Kontext einer 'Gleichmäßigkeit der Strafverfolgung' fallen die „mit Pathos“ verstärkten Formeln von der „Einheit der Rechtsanwendung“ und der „Gleichheit vor dem Gesetz“.¹⁰⁵³ Von rechtstheoretischer Warte aus könnte man sich deswegen streiten, ob das strafrechtliche Legalitätsprinzip ein Prinzip oder ein Wert ist.¹⁰⁵⁴ Festzustellen ist, dass es je nach Geisteshaltung, Argumentationsziel und Streitkontext als Prinzip oder als Wert verwendet wird: Im aktuellen juristischen Diskurs wird das Legalitätsprinzip als abstufungs- und ausnahmefähiges, relatives Prinzip¹⁰⁵⁵ oder als Wert¹⁰⁵⁶ verwendet. Und Winfried Hassemer versuchte, über einen philosophischen Zugang die Prinzip-Wert-Dichotomie aufzuheben und damit die Unterscheidung zwischen Dogmatik und Politik, Theorie und Praxis zu transzendieren.¹⁰⁵⁷ Die jeweilige Verwendung kann als Indikator für den Streitkontext gelten: Das Prinzip deutet auf einen rechtspositiven, rechtsdogmatischen, der Wert auf einen rechtspolitischen, rechtsfundamentalen Kontext.¹⁰⁵⁸ In rechtspolitischen und berufsständischen Konflikten dient das Legalitätsprinzip als schlagkräftiges, für manchen zu starkes¹⁰⁵⁹ Argument.

Innerhalb der geltenden StPO funktioniert das Legalitätsprinzip als Maßstab für Abgrenzungen zwischen den Einstellungsmöglichkeiten nach den §§ 153 ff. und dem

1052 Marquardt (1982), 13.

1053 Jahn (2007), 551, Fn. 20; zitiert jene Formeln aus BGHSt 15, 155 (159).

1054 Zu einer allgemeinen Abgrenzung von Prinzipien und Werten hinsichtlich ihrer Geltungs- und Rangkonkurrenz: Röhl/Röhl (2008), 289 f.

1055 Beulke (2011), etwa 58: „Zwar sind einzelne Tendenzen der Einstellungspraxis kritikwürdig, [...] Gleichwohl ist das [...] Einstellungsinstrumentarium insgesamt unverzichtbar. [...] Die Zeiten des reinen Legalitätsprinzips sind demnach endgültig vorbei und niemand sollte sich nach ihnen zurücksehen.“

1056 Hamm (2006), 1: „Die Existenz und die praktische Einhaltbarkeit des Legalitätsprinzips ist ein erstrebenswertes Ziel eines rechtsstaatlich verfassten Strafrechts“; 7: Sein „Vorschlag geht dahin, dass gesamte in den letzten Jahrzehnten entstandene Vorfeldstrafrecht auf die Möglichkeit einer Entkriminalisierung hin zu durchforsten! [...] Die Chance, dass wir uns dann wieder ein strenges Legalitätsprinzip leisten könnten, wäre allemal erhöht.“

1057 Hassemer (1992), 537: „Die Prinzipien von Legalität und Opportunität [...] betonen jeweils unterschiedliche Teile der Rechtsidee. Die Legalität steht eher für die Gerechtigkeit, die Opportunität steht eher für die Zweckmäßigkeit [...]. Eine kriminalpolitische Option müsste [...] beachten, daß die Gerechtigkeit das Ziel, die Zweckmäßigkeit [...] die restriktive Bedingung der Zielverfolgung ist [...]“; 540: Das „Verhältnis von Legalität und Opportunität [...] ist in der Praxis der Strafrechtspflege weniger ein Problem von Gesetzestexten“, als „bloßes Prinzip ist der Grundsatz der Legalität [hier] zu schwach“, „die tatsächliche Mischung von Legalität und Opportunität“ hänge „letztlich ab vom Ethos der Behörden und Gerichte [...]“.

1058 s. Röhl/Röhl (2008), 290.

1059 Marquardt (1982), 14: Die „ideologischen Befrachtungen“ hätten zur „Forderung“ geführt, „das Begriffspaar [Legalitäts- und Opportunitätsprinzip] im Rahmen des Strafverfahrensrecht nicht mehr zu verwenden“.

§ 170 Abs. 2 StPO, die der Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren wahrnehmen kann. So werden die §§ 153 ff. StPO als „Durchbrechungen“ des Legalitätsprinzips verstanden, weil sie Einstellungen in verschiedenen Verfahrensstadien ermöglichen, obwohl der gesetzliche Tatbestand für eine Anklage erfüllt ist. Von den Einstellungen nach § 170 Abs. 2 StPO sollen sich Einstellungen nach den §§ 153 ff. StPO in ihren „Falleigenschaften“ wesentlich unterscheiden: Für sie kommen „Kriterien“ zu tragen, „die auch der Richter [...] heranzuziehen hat“, wie etwa die Schuld oder die Spezialprävention.¹⁰⁶⁰ Sie seien durch die „Strafwürdigkeit“ von Delikt und Beschuldigten bestimmt¹⁰⁶¹, zeigten damit also ein „Interesse“ an der betroffenen Person¹⁰⁶² auf. Während also Entscheidungen nach §§ 153 ff. StPO in den Kompetenzbereich der Richter übergreifen, sieht sich die Entscheidung nach § 170 Abs. 2 StPO diesem Vorwurf nicht ausgesetzt. Hiernach muss der Staatsanwalt das Ermittlungsverfahren einstellen, wenn kein Tatbestand erfüllt ist, doch nicht „genügend Anlass“ zur Strafverfolgung besteht, also eine Hauptverhandlung mit richterlichem Urteil nicht wahrscheinlich ist. Das Legalitätsprinzip kennzeichnet damit auch verschiedene Stufen im Ermittlungsverfahren: Zunächst die Pflicht, ein Ermittlungsverfahren aufzunehmen, dann mittelbar die Pflicht, Anklage zu erheben. Nur wenn der Staatsanwalt aber eine Entscheidung trifft, die dem Richter einen ihm nach gesetzlicher Maßgabe grundsätzlich zur Entscheidung zustehenden Fall entzieht, gilt das Legalitätsprinzip als 'durchbrochen' oder verletzt.

Das Legalitätsprinzip lebt außerdem entweder von der – nach heutigem Stand der Erkenntnistheorie unaufgeklärten – Annahme, dass der Tatbestand gegenständlich erkennbar sei und entsprechend eindeutig zu entscheiden vorliege. Oder von der – rechtssoziologisch fundierten – Annahme, dass der berufserfahrene Staatsanwalt schon wisse, wann er genügend Anlass zur Strafverfolgung und Anklage habe und wann nicht. Es setzt also entweder den Glauben an den präexistenten Fall oder das Vertrauen in soziale Interdependenz voraus. Möchte man sich auf letztere berufen, dann dient das Legalitätsprinzip innerhalb der StPO auch dazu, den „Intensitätsgrad des Verfolgungszwanges der Staatsanwaltschaft bezeichnen zu können“¹⁰⁶³. Es baut einen graduellen Rechtfertigungsdruck und Begründungszwang auf, den der Staatsanwalt für seine Entscheidungen berücksichtigen muss, wenn sie bei den

1060 Ludwig-Mayerhofer/Rzepka (1993), 117.

1061 Ludwig-Mayerhofer/Rzepka (1993), 135.

1062 Ludwig-Mayerhofer/Rzepka (1993), 136.

1063 Marquardt (1982), 14.

Akteuren des Strafverfahrens (Richter, Beschuldigter, Strafantragssteller, Anzeigender) Akzeptanz finden sollen.

Der durch die eigene Zunft stark gemachte, legal indizierte Verfolgungszwang widersprach aber „nicht allein der Gesetzgebung, sondern auch einer feststehenden Praxis“, so kommentierte man in der Mitte des 19. Jahrhunderts. „Frankreich's Staatsanwälte“ etwa legten „von den ihnen zugekommenen Anzeigen massenhaft ad acta – ohne daß es irgend einer Behörde auch nur im Entferntesten einfällt, dagegen beschwerend einzuschreiten. [...] Mehrere deutsche Strafprozeßordnungen haben jenen Grundsatz der französischen Praxis sogar legislativ festgestellt.“¹⁰⁶⁴ Das „Unterbleiben“ von Untersuchungen und Anklagen, das 'massenhafte ad acta-Legen von Anzeigen' bringe vor allem Vorteile: „Die Staatsbehörde bewirkt, daß die Einleitung vieler Untersuchungen völlig unterbleibt, theils wegen Geringfügigkeit der Verletzung, theils aus Mangel an allen und jedem Staatsinteresse bei Verfolgung einer Handlung, theils aus sittlichen, oder höhern politischen Rücksichten, z.B. in Fällen, da aus einer Anklage für den Staat selber Nachtheile erwachsen dürften.“¹⁰⁶⁵

Was genau diese Nachteile für den Staat selber waren, blieb unausgesprochen. So viel war aber jedenfalls klar – das 'Unterbleiben' konnte auch auf pragmatischen Gründen und nicht nur auf 'politischen Rücksichten' beruhen. Bagatelldelikte und kriminalpolitische Steuerungsintentionen wurden schon 1850 als Faktoren genannt, von der Strafverfolgung abzusehen. So hatte auch Savigny aus eben diesen Gründen für sein öffentliches Ministerium im Strafverfahren plädoyiert: Nicht jede strafbare Handlung indiziere automatisch das öffentliche Interesse an ihrer Verfolgung, denn manchmal sei sie „gar zu geringfügig“, manchmal liege „ihre Verzeihlichkeit so klar vor, daß die später erfolgende Begnadigung mit Gewißheit vorauszusehen“ sei; und bei „namentlich politischen Vergehen hat man oft zu wünschen, daß sie von Anfang an mit Stillschweigen übergangen worden wären“.¹⁰⁶⁶

Dem Staatsanwalt stünde es „frei, sei es nach eigenem Ermessen, oder nach

1064 Frey (1850), 99 f.

1065 Frey (1850), 230. Diese Kriterien haben sich im wesentlichen in den §§ 153 ff. StPO niedergeschlagen, sodass man sie heute mit dem 'Opportunitätsprinzip' in Verbindung bringen würde.

1066 Savigny (1846), 45. Warum Stillschweigen bei politischen Vergehen wünschenswert gewesen wäre, verriet Savigny nicht. Zu dem von konservativen Richtern geäußerten Bedenken, „dass die Willkür der Verwaltung“ in der Demagogenverfolgung der 1830er Jahre die preußische Richterschaft nicht nur politisch sensibilisiere, sondern „geradezu in die Arme der Verfassungsbewegung treibe“, Hodenberg (1996), 252-255.

eingeholter höherer Weisung, die Anklage zu unterlassen, wenn sie nicht angemessen erscheint.“¹⁰⁶⁷ Gerade mit Blick nach Frankreich hielt man immer wieder fest: „Die Staatsbehörde leistet zur Abkürzung der Procedures vortreffliche Dienste, indem durch ihre Einwirkung auf die Einleitung der Untersuchungen voreiliges Einschreiten verhindert, und zuvörderst das Interesse der öffentlichen Ordnung befragt wird. Viele Anzeigen, die unsre Inquirenten sofort in Thätigkeit versetzen, werden durch die Staatsbehörde entweder ganz zurückgelegt oder auf angemessenem kürzerem Wege [...] zur Erledigung gebracht. Dieser Gesichtspunkt bedarf hier keiner weiteren Erörterung; die Zahlen sprechen.“¹⁰⁶⁸

Und so stellte man diese Verfahrensabkürzung und Einstellungsmöglichkeit nicht zuletzt wieder einmal in den Dienst des Richters, wenn man stark machte, „daß der Staatsanwalt, wenn er die Anklage nicht durch zuverlässige Beweismittel unterstützt findet, dieselben von vorne herein zurückweisen und dadurch dem Richter eine Arbeit ersparen kann! Wohl!“¹⁰⁶⁹.

In der wiedereinsetzenden Reformdebatte ab den späten 1850er Jahren bewerteten die Juristen die Möglichkeit der Einstellung als durchaus ambivalent. Auch jemand wie Franz von Holtzendorff, der als leidenschaftlicher Liberaler galt, konnte und wollte die Vorteile der Einstellungskompetenz nicht abstreiten. Einerseits bezog er zwar grundsätzlich politische Stellung gegen diese Kompetenz der Staatsanwaltschaft.¹⁰⁷⁰ Die Möglichkeit der eigenen Entscheidung, „daß es der Staatsanwaltschaft überlassen war, nach eigenem Ermessen [...] Handlungen als erheblich zu verfolgen oder als unerheblich der Vergessenheit zu überliefern“, war für Holtzendorff Sinnbild für das „Verderbliche [der] Opportunität“.¹⁰⁷¹ Andererseits versprach er sich von der „ständigen Anklagebehörde“ einen effektiven Filter- und Selektionsvorgang, der die „Fluth von Schriftstücken“, die auf die Strafgerichtbarkeit einströmte, abfangen und in die richtigen Wege leiten konnte: „Von der Anzahl der an die Staatsanwaltschaft gelangenden, völlig frivolen, aus Rachsucht und Haß hervorgegangenen Anzeigen macht man sich schwerlich den richtigen Begriff. Zu den größten Verdiensten der staatsanwaltschaftlichen Behörden gehört es, die

1067 Savigny (1846), 45.

1068 Molitor (1843), 28.

1069 Tippelskirch (1854), 34. Diesem Kriterium entspricht § 170 Abs. 2 StPO mit der Voraussetzung des hinreichenden Tatverdachts.

1070 Holtzendorff (1865), 21: „Man kann und darf nicht dem Staatsanwalte die freie Disposition über die Anklage einräumen – denn mit ihr räumt man die Willkür ein.“

1071 Holtzendorff (1864), 13.

Unzufriedenheit dieser Denunziantenklasse zu erregen; auch ist es ein entschiedener Vorzug der ständigen Anklagebehörden, mit geübtem Blick, langer Erfahrung und richtigem Takt die offenbar werthlosen Anzeigen sofort zu erkennen und aus der Fluth von Schriftstücken das Brauchbare schnell zu sondern.“¹⁰⁷²

Und so erhofften sich die Juristen von einer Staatsanwaltschaft als Institution der Strafjustiz, dass über sie das Problem der denunciatio¹⁰⁷³ gelöst werde. Unter diesem Begriff hatte man versucht, der eben genannten Klasse von Anzeigen Herr zu werden, denen kein tatsächliches Delikt zugrunde lag, sondern die ihren Grund in „Rachsucht“ und „Haß“ der Anzeigenerstatter hatten. Im Mittelpunkt stand dabei immer die Frage nach der Verwertbarkeit jener Anzeigen in der Beweiswürdigung durch die Strafrichter. Wann musste man einer Anzeige nachgehen, wann konnte man sie zurückweisen? Seit der Frühen Neuzeit hatten die Juristen versucht, über eine Kategorisierung der Anzeigen das Problem zu lösen. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts hatte sich schließlich eine Art Typifikation entfaltet, in der bestimmte Anzeige-Konstellationen je spezifische Folgen nach sich zogen. Je nachdem, welchen sozialen Status der Anzeigenerstatter innehatte und welche Zeugen er für sein Anliegen aufbieten konnte, sollten adaptierte Reaktionen seitens des Gerichts erfolgen.¹⁰⁷⁴ Über mögliche Gründe dieser Ausdifferenzierung ließe sich spekulieren. Erfolgreich war sie in ihrer Vielfalt jedoch nicht, denn zur Mitte des 19. Jahrhunderts setzte sich die Tendenz durch, die diffizilen Unterscheidungen aufzugeben und pauschal sämtliche Anzeigen nicht nur zu Gericht zuzulassen, sondern auch mit einem annähernd gleichen Beweis-Eingangswert zu versehen. So wurden etwa auch anonyme Anzeigen zunehmend anerkannt und schließlich als verwertbar akzeptiert.¹⁰⁷⁵ Dieser Tendenz stellte man nun nicht nur die freie Beweiswürdigung durch den Richter zur Seite, sondern auch die neue Institution der Staatsanwaltschaft, die man für die Bearbeitung „unbegründeter“ und „haltloser“

1072 Holtzendorff (1864), 31.

1073 Koch (2006), passim.

1074 s. bei Koch (2006), u.a. 238: Man unternahm eine Re-Klassifizierung der Dienerschaft von untauglichen Zeugen gegen ihre Herren zu sogenannten verdächtigen Zeugen, denen immerhin eine bedingte Beweisfähigkeit zukam; Juden blieben weiterhin gegenüber Christen nur reine Informationszeugen ohne Beweiskraft; 240: Nach der preußischen Criminalordnung waren anonyme Anzeigen nur unter Angabe zusätzlicher Anhaltspunkte verwertbar; der Anzeigenerstatter selbst konnte auch bei Eigeninteresse Beweiszeuge sein; verdächtige Anzeigenerstatter konnten zur Kautionsabgabe aufgefordert oder mit Sicherungshaft belegt werden; verdächtig war man etwa, wenn man kein Grundstück in Preußen besaß; 243: In Bayern unterschied man bei Anzeigen durch das Opfer die Beweiskraft seiner Angaben für das Vorliegen der Tat von der Beweiskraft der Angaben zur Bestimmung des Täters als konkrete Person.

Strafanzeigen für zuständig erklärte¹⁰⁷⁶. Ein letzter Versuch, das altbekannte Problem doch per Fall-Gesetz einzufangen, scheiterte¹⁰⁷⁷ – das Sortieren der Anzeigen wurde nun in den „Takt“ des Staatsanwalts übergeben.¹⁰⁷⁸

Seither sitzt dieser im Tagesdienst und muss annehmen, was ihm angezeigt wird, sei es auch ohne Grund. Nur freundlich hat er dabei zu bleiben, wie ihm schon Jagemann 1849 angeraten hatte. Bereits im 19. Jahrhundert durfte der Staatsanwalt die Anzeige aber anschließend beiseite legen oder ignorieren, die ganze haltlose Sache auf sich beruhen lassen, ein „Einschreiten von vornherein“ ablehnen,¹⁰⁷⁹ wenn die Anzeige „keinen Glauben“ verdiente.¹⁰⁸⁰ Einmal mehr war die Staatsanwaltschaft dadurch Teil einer bürokratischen und gleichzeitig flexiblen Bewältigungsstrategie von Problemen, die sich zuvor für die aufkommende Strafjustiz selbst mit ausdifferenzierten Kategorien nicht mehr als zu beherrschen gezeigt hatten. Die „traditionellen Streitfragen zur denunciatio“¹⁰⁸¹ waren den Toren vor den Strafgerichten zugeführt und dadurch jedenfalls in ihrer Dringlichkeit für die Juristen zunächst aufgelöst worden.

Ein großes Loblied auf diese Möglichkeit der Staatsanwaltschaft, ein Ermittlungsverfahren abzuwehren, fand sich im juristischen Diskurs allerdings kaum. War das 'Fallenlassen' einer möglichen Anklage, das 'Zurücklegen' einer Anzeige vor der Einrichtung der Staatsanwaltschaften ein durchaus willkommener, aber doch unspektakulär verhandelter Bonus, den die neue Institution versprach, wurde diese Handlungsoption erst verzögert zu einem Kritikpunkt. Es drängt sich der Eindruck auf, dass die 'Einstellung' zunächst nicht als Problem wahrgenommen wurde und damit keinen Anlass zur Debatte bot. Die Motivation zur 'legalen' Wende war eine

1075 Koch (2006), 245; 248: „Die traditionellen Streitfragen zur denunciatio waren [...] entschieden. Im Schrifttum des Vormärz hatte sich die Erkenntnis durchgesetzt, daß unter Einhaltung gewisser Vorsichtsregeln [253: Gebot einer Aufklärung unter der Hand bei anonymen oder Anzeigen von einem völlig Unbekannten] weder auf die denunciatio noch auf den denunciator verzichtet werden könne.“

1076 Dazu, mit der These der „Steigerung der Verfolgungseffektivität“ Koch (2006), 254 f.

1077 s. bei Koch (2006), 254: In den Gesetzgebungsarbeiten zur Reichsstrafprozessordnung 1874 wurde der erfolglose Antrag gestellt, in den § 139 einen Absatz III einzufügen: „Namenlose oder von einem Unbekannten herrührende oder mit dem Verlangen der Verschweigung des Namens eingegangene Anzeigen berechtigen bis zur weiteren Aufklärung ihres Grundes nur zu Untersuchungshandlungen, welche für die Ehre oder sonstige Rechte der bezüchtigten Person ohne Nachteil sind“.

1078 s. bei Koch (2006), 255.

1079 Marck (1884), 111.

1080 Marck (1884), 111.

1081 Koch (2006), 248.

rechtspolitische, die ab den späten 1850er Jahren verstärkt bei den deutschen Juristen auflebte.¹⁰⁸²

Aber auch in der nun einsetzenden Debatte zum strafprozessualen Legalitätsprinzip hielt sich das Argument, dass die Einstellungsmöglichkeit der Staatsanwaltschaft einen wesentlichen Beitrag zur Effektivität der Strafverfahren darstellte, auf den schwerlich zu verzichten sei: „Wie viel endlich gespart wird, wenn eine Anzahl von Criminal-Processen dadurch entfällt, daß der Staatsanwalt aus der Anzeige selbst sich die Ueberzeugung verschafft, es sei kein genügender Grund zur Einleitung der Untersuchung vorhanden [...], braucht kaum gesagt zu werden.“¹⁰⁸³ 1864 schrieb man, dass eine „Opportunitätsrücksichten gänzlich ausschließende Gebundenheit des öffentlichen Anklägers an die Formalität des Rechts, weder den Grundcharakter seiner Berufsstellung, die ihrem Wesen nach auf freiere Bewegung hingewiesen ist, noch den Bedürfnissen des praktischen Rechtslebens entsprechen könnte.“¹⁰⁸⁴ Ganz im Gegenteil würde eine solche Forderung verkennen, dass „seither die Ausdrücke: Beruhenlassen, Absehen von Verfolgung einer Anzeige, Einstellen des Verfahrens [...] promiscue gebraucht“ werden, um „Verfügungen und Erklärungen der öffentlichen Ankläger, welche dieselben vor Einreichung der schriftlichen Anklage abgeben“ zu bezeichnen.¹⁰⁸⁵

Es gab also eine weite, lebendige Praxis an staatsanwaltschaftlichen Entscheidungen im Vorverfahren, die alles waren, nur keine Anklageerhebung. Man traf in dieser Praxis auch schon begriffliche Unterscheidungen zwischen einzelnen Einstellungshandlungen – nur hatten sich noch keine Fachausdrücke ergeben. Das 'Beruhenlassen der Anzeige' entsprach dem Zurücklegen und der Beseitelegung der Anzeige. Qualitativ fiel darunter die „Ablehnung des Einschreitens von vornherein“.¹⁰⁸⁶ Das hieß, dass der Staatsanwalt „die Anzeige selbst ignorieren“ durfte, wenn sie „keinen Glauben“ verdiene.¹⁰⁸⁷ Hier wehrte der Staatsanwalt das

1082 Anders Vormbaum (1988), 154, Fn. 35: „Es scheint gar so zu sein, daß Bekenntnisse zum Legalitätsprinzip um so heftiger abgelegt werden, je mehr dieses Prinzip in der Praxis ausgehöhlt ist.“ Dies setzt allerdings voraus, dass 'das' Legalitätsprinzip als ontologisch feststehende Größe existierte / existiert. Vorliegend wird davon ausgegangen, dass die 'Bekenntnisse heftiger geworden' sind, als sich das Verhältnis Legalität / Opportunität überhaupt erst zu einem Problem entwickelt hat, d.h., als ein solches wahrgenommen wurde. Das heißt, dass mit Legalität und Opportunität historisch wandelbare politische Hoffnungen oder Positionen in den juristischen Debatten verbunden waren und sind.

1083 Glaser (1868/1860), 448.

1084 Seelig (1864), 70.

1085 Seelig (1864), 70 f.

1086 Marck (1884), 111.

1087 Marck (1884), 111.

sogenannte Querulantentum, die „Denunziantenklasse“ und alle „offenbar werthlosen Anzeigen“ an den Toren der Strafjustiz ab.¹⁰⁸⁸

Darüber hinaus gab es aber auch die Erlaubnis für Staatsanwälte, eine bereits erhobene Anklage „vor und nach dem oben erwähnten Zeitpunkte [des Vorverfahrens] fallen zu lassen“¹⁰⁸⁹. Dieses Fallenlassen setzte man mit der „Aussetzung der Sache“ gleich.¹⁰⁹⁰ Ein gradueller und quantitativer Unterschied zwischen dem 'Beruhenlassen' der Anzeige und dem 'Fallenlassen' der Anklage bestand in der Beteiligung des Richters. Während das Beruhenlassen durch den Staatsanwalt allein vorgenommen werden konnte, legte man der fallengelassenen Anklage eine richterliche Beurkundung bei, die auf die Wirkung eines Freispruches erkannte.¹⁰⁹¹

Der juristische Diskurs enthielt nicht zuletzt auch den Versuch, die Einstellungspraxis der Staatsanwälte stärker – oder überhaupt – zu legalisieren. So votierte etwa Sundelin, der für das 19. Jahrhundert gemeinhin zu den Vertretern des strafrechtlichen Legalitätsprinzips gezählt wird¹⁰⁹², für eine positiv-rechtliche Legalisierung des staatsanwaltschaftlichen Ermessens. Seine Gründe für dieses Votum waren nicht zuletzt berufsständischer Natur: „Eine gesetzliche Ermächtigung ist aber [...] zu seiner [des Staatsanwalts] Deckung nothwendig“¹⁰⁹³ – eine rechtliche Norm sollte also die Entscheidungen des Staatsanwalts absichern und durch Legalität legitimieren. Inhaltlich sprach sich Sundelin gerade für das – abgesicherte – Ermessen und die – legale – Opportunität aus. Damit argumentierte er damals von einem Standpunkt aus, der heute dem Verwaltungsrecht zugerechnet wird: Die Verwendung des Begriffes „Legalitätsprinzip“ im öffentlich-rechtlichen Kontext steht für die Gesetzesgebundenheit einer behördlichen Ermessensentscheidung, die ohne eine Ermächtigungsgrundlage nur „illegal“ getroffen werden kann¹⁰⁹⁴. Genau ein solches Legalitätsprinzip machte Sundelin geltend, wenn er eine „gesetzliche

1088 Nochmals Holtzendorff (1864), 31; Marck (1884), 111: „Erkennt er z.B. die Provenienz von einem gewerbsmäßigen Winkelkonsulenten, so verfügt er schlimmstenfalls ohne Weiteres die Beiseitelegung – denn vom Gesichtspunkt der Kenntnißquelle her verdient die Anzeige keinen Glauben“. Zum Umgang mit dem „Denunziantentum“ später Juliusberg (1890), passim.

1089 Seelig (1864), 70 f. Sperrung im Original; s.a. Bomhard (1849), passim.

1090 Seelig (1864), 71 f.; Als „Aussetzung der Sache erscheint auch die den untergerichtlichen Anklägern [...] eingeräumte Befugniß, bei Anzeigen, die voraussichtlich die Erkennung von 1/3 Tag Arbeits- oder Gefängnisstrafe oder darunter zur Folge haben, die Erhebung der Anklage bis zum Eingang weiterer Anzeigen gegen dieselbe Person auszusetzen“.

1091 Seelig (1864), 91.

1092 Dettmar (2008), 83 f.

1093 Sundelin (1862), 366.

1094 Marquardt (1982), 12.

Ermächtigung“ für den Staatsanwalt einforderte. Er sprach damit vielleicht insbesondere als Staatsanwalt des 19. Jahrhunderts, der noch wesentlich stärker in die behördliche Verwaltung der Regierung eingegliedert war. Inhaltlich forderte er aber vor allem, die bereits eingespielte Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaft endlich zu legalisieren.

Auch schon bevor sich die Dichotomie von Legalität und Opportunität auftat, bevor man das Handeln der Staatsanwälte durch „Nichtverfolgungsermächtigungen“¹⁰⁹⁵ eher zögerlich in die StPO einbrachte und legalisierte, stellten die Staatsanwälte 'Verfahren' ein: Sie wiesen die Anzeige zurück, verfügten deren Beilegung, legten sie zurück, ließen sie beruhen, verzichteten auf die Untersuchung, ließen die Anklage fallen.

Diese Praxis ist nicht nur plausibel, weil bereits Jagemann und Bomhard sich mit der Möglichkeit des 'Fallenlassens' beschäftigten oder die Forderung nach der Legalisierung des 'Ermessens', wie sie Sundelin vertreten hatte, ansonsten sinnlos erscheint. Gerade hinsichtlich der gesetzlich festgelegten Einstellungskompetenzen bricht das Muster der nachträglichen Legalisierung hervor. Für den 1975 eingeführten § 153a StPO lässt sich belegen, dass in der Strafverfahrenspraxis der „norddeutschen Bundesländer bereits seit Jahren in bestimmten Fällen die Verfahrenseinstellung von der Entrichtung eines Geldbetrages abhängig gemacht und damit vor Einführung des § 153a StPO [der] Regelungsgehalt dieser Vorschrift antizipiert“ wurde.¹⁰⁹⁶

Einstellungen lassen sich auch historisch nachweisen. Dafür muss gar nicht auf die massenhaften Einstellungen im Polenprozess verwiesen werden: Man erhob in frühen Justiz-Statistiken Zahlen zu den Strafanzeigen, die von den Staatsanwälten „zurückgelegt“ wurden. Die Staatsanwaltschaften selbst waren die „meldende Behörde“ für diese Statistiken. Schon 1843 vermeldete Hofgerichtsrat und Staatsanwalt Bayer aus Mannheim seine Zahlen¹⁰⁹⁷ und wies daraufhin, dass es die Staatsanwälte waren, welche über ihren Geschäftsbereich „besondere Tabellen zu führen“, die Selbstbeobachtung zu betreiben hatten. Eine Justizstatistik zur Rechtspflege im Großherzogtum Hessen für das Geschäftsjahr 1855/56 teilte zwar

1095 Dettmar (2008), 249.

1096 Kunz (1980), 17.

1097 „Statistische Zusammenstellung der 1837, 1838 und 1839 in dem Großherzogthum Baden Untertheinkreise verübte schwere Verbrechen“, in: Jagemann, Ludwig von / Nöllner, Friedrich (Hgg.), Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, Band 3, Karlsruhe 1843, 124-130.

nicht explizit mit, ob, wie und wie oft die Staatsanwaltschaft eingestellt hatte. Aber man sortierte aus den eingegangenen Anzeigen kategorisch diejenigen heraus, „welche Anlass zur Verfolgung gaben“ oder „welche eine weitere gerichtliche Untersuchung veranlassten“¹⁰⁹⁸ – zurückgelegte oder abgewiesene Anzeigen waren also eine implizite Größe, die man nicht mit aufführte.

Im Königreich Hannover hingegen pflegte man Zahlen, aus denen auch „die Art der Erledigung der angezeigten [...] Criminalgesetzübertretungen ersichtlich“ werden sollte.¹⁰⁹⁹ Die „Zurücklegung der Anzeige“ konnte die Kronanwaltschaft vornehmen, wenn sie „ein Verbrechen überall nicht indicirt findet, oder nach den von ihr angestellten Nachforschungen kein genügender Verdacht, um eine bestimmte Person zu verfolgen, vorhanden ist.“¹¹⁰⁰ So habe die Kronanwaltschaft im Jahr 1859 von 6934 bei ihr „angezeigten Straffällen“ 3187 Fälle „durch Beruhenlassen ohne Erhebung der öffentlichen Klage „erledigt“; 1860 entschied die Kronanwaltschaft auf diese Weise 4650 von 8296 angezeigten Fällen.¹¹⁰¹ Insgesamt, so die Selbstauskunft, stieg prozentual „die Zahl der nicht verfolgten Anzeigen“ von 24,8 % im Jahr 1853 auf 55,6 % im Jahr 1860; insbesondere für 1859 und 1860 vermerkte man einen „nicht unerheblichen“ Anstieg dieser Erledigungsform.¹¹⁰² Auch später in der Justizstatistik für das Deutsche Reich finden sich Zahlen zur Arbeit der Staatsanwaltschaften. Für das Jahr 1881 unterhielt man Statistiken für das strafprozessuale Vorverfahren. Hier unterschied man die durch die Staatsanwaltschaft abgewiesenen Anzeigen einerseits und die gerichtlich vorzubereitenden Verfahren und Voruntersuchungen andererseits; beide Größen setzte man in Beziehung. Demnach waren reichsweit auf 1000 bei den Landgerichten anhängig gewordenen Vorverfahren 170 durch die Staatsanwaltschaft zurückgewiesene Anzeigen gekommen. Das sind 17 %, aber die große Selektion fand an anderer Stelle statt: Ihr Ort und Anlass war nicht das Querulantentum, das die Zurückweisung einer Anzeige als offensichtlich unbegründet zuließ. Gefiltert wurde im Vorverfahren selbst. Bei den Landgerichten wurden 39,2% der Vorverfahren durch die Staatsanwaltschaft eingestellt.¹¹⁰³ Auf Eröffnung des Hauptverfahrens fiel der Beschluss der Strafkammer in 40,65% der Sachen. Das

1098 Rechtspflege Hessen (1859), 90.

1099 Strafrechtspflege Hannover (1862), 23.

1100 Strafrechtspflege Hannover (1860), 27.

1101 Strafrechtspflege Hannover (1862), 24.

1102 Strafrechtspflege Hannover (1862), 24 f.

1103 Justiz-Statistik (1883), 89.

heißt, dass das Verhältnis von den staatsanwaltschaftlichen Einstellungen zu den richterlichen Eröffnungen des Hauptverfahrens annähernd gleich war. Bei den Oberlandesgerichten wurde noch stärker gefiltert: Hier belief sich das Verhältnis von Anträgen auf Anklageerhebung zu zurückgewiesenen Anzeigen und Anträgen auf 1:330 – auf eine beantragte Anklageerhebung kamen also 330 zurückgewiesene Anzeigen und Anträge. Das Verhältnis von erfolgreichen Anträgen auf Anklageerhebung zu zurückgewiesenen Anzeigen und Anträgen belief sich auf 1:6139 – auf eine Anklage kamen also 6139 zurückgewiesene Anzeigen und Anträge.¹¹⁰⁴

Diese Statistiken besitzen ihren Wert vor allem als Mittel der Selbstbeobachtung und der Wissenserzeugung. Die Zahlen selbst unterlagen vielfachen Bedingungen, wie etwa den Änderungen von örtlichen und sachlichen Zuständigkeiten, von Verfahrensordnungen oder überhaupt von landesherrlichen Territorien. Die Publikation der Daten erfolgte nach arkanen Maßstäben und auch ihre Erfassung unterlag schon einer Vorauswahl, die weder transparent war noch einheitlich getroffen wurde.¹¹⁰⁵ Belegt ist durch die Führung der Statistiken allerdings, dass die Staatsanwälte einstellten. Die Justizverwaltungen in den Territorialstaaten zählten diese Entscheidungen manchmal mit, manchmal verzichtete man auf ihre Registrierung. So entschied man sich auch später in der Justizstatistik für das Kaiserreich für eine Veröffentlichungspolitik, die sich auf die Gerichte konzentrierte: 1883 hatte man zwar feststellen müssen, dass die „Zahl ergebnisloser Vorverfahren“ sich in nationaler Breite als „gross und sehr verschieden“ erwiesen hatte. Zum anderen wirkte der Richter aber an dieser Zahl kaum mit, denn der Anteil der gerichtlichen Voruntersuchungen in den beendeten Vorverfahren belief sich reichsweit nur auf 7,5%. Trotzdem wollte man der also für das Vorverfahren maßgeblichen Arbeit der Staatsanwaltschaften keinen genaueren Blick zumessen: „Die Ziffer der durch die Einstellung seitens der Staatsanwaltschaft beendeten Vorverfahren in dieser Statistik [der beendeten Vorverfahren] gesondert nach Oberlandesgerichtsbezirken darzustellen, bot kein Interesse.“¹¹⁰⁶

1104 Alle Zahlen aus: Justiz-Statistik (1883), 89.

1105 Juliusberg (1890), 657: Die „mitgeteilten Zusammenstellungen“ machten „weder für das Reich noch für Preußen ersichtlich [...], ob in der großen Zahl der seitens der Staatsanwaltschaften eingestellten Verfahren auch diejenigen Fälle mit einbegriffen sind, wo die Anklagebehörde Anträge und Anzeigen ohne weiteres zurückgewiesen hat.“

1106 Justiz-Statistik (1883), 91, Fn. 51.

Besaßen die Staatsanwälte selbst Handlungsanweisungen, wie sie zu einer solchen Einstellungsentscheidung kommen konnten und sollten? Immerhin unterstanden sie der politischen Weisungsabhängigkeit und bewegten sich in einer forcierten behördeninternen Hierarchie, sodass vielleicht ähnliche Richtlinien wie zum Antrag auf die gerichtliche Voruntersuchung in Umlauf gebracht worden waren. Für Preußen und für das Herzogtum Braunschweig findet sich dazu aber nichts.

Immerhin eine Art methodischen Ratschlag gab das Handbuch von Marck, wobei dieser eher dürftig ausfiel. Das verwundert kaum: Die Einstellungsentscheidung erfolgt seit jeher arkan und zieht anders als das richterliche Urteil deswegen kaum einen Begründungsaufwand nach sich, der nach außen dargestellt und plausibel nacherzählt werden müsste.¹¹⁰⁷ Das, was man empfahl, erklärte sich in den preußischen Hierarchien wohl schnell von selbst. Noch in der Ausgabe von 1913 bezogen sich die Autoren des Handbuches hinsichtlich der Anklageerhebung auf eine preußische Rundverfügung [in der 2. Aufl.: JMErlass], die aus dem Jahr 1850 stammte. Danach hatten die Staatsanwälte für die Anklage eine Prognose oder eine Wahrscheinlichkeitsberechnung anzustellen: Der „zu erwartende Ausgang“ des Verfahrens und damit die noch nicht ergangene, richterliche Entscheidung sollte einen wichtigen Maßstab für die staatsanwaltschaftliche Entscheidung bilden. Der Staatsanwalt musste also im Wesentlichen den Schuldspruch antizipieren. Marck fand weiter „beachtenswerte Fingerzeige“ in der über 60 Jahre alten Order: „Nur dann sind Anklagen zu erheben, wenn mit Wahrscheinlichkeit die Verurteilung des Angeklagten zu erwarten steht.“¹¹⁰⁸ Die ablehnenden richterlichen Beschlüsse und Freisprüche dürften keine auffallend hohe Zahl in Relation zu den erhobenen Anklagen bilden.¹¹⁰⁹ In der zweiten Auflage hatte Marck noch eine allgemeine Verfügung (vom 4. April 1854) abgedruckt, die in späteren Auflagen allerdings fehlte. In dieser Verfügung hatte man die Möglichkeit einbezogen, dass der fall- und deliktspezifischen „Beschaffenheit der That“ soviel Gewicht zukommen könne, dass eine „Verfolgung [...] an sich gerechtfertigt“ sei. Von einer solch inhaltlichen Betroffenheit sollte der Staatsanwalt sich bei seiner Entscheidung aber nicht leiten lassen. Auch in solchen Fällen sei allein maßgeblich, dass die Beweise „mit einiger Wahrscheinlichkeit eine Verurtheilung erwarten“ ließen.

1107 Auch ein heute notwendiger Einstellungsbescheid etwa an den Anzeigensteller besitzt geringen Begründungsaufwand.

1108 Marck (1913), 329 f.; s.a. §§ 170, 203 StPO.

1109 Marck (1913), 329.

Im 19. Jahrhundert sah man sich mit dem Befund zunehmender Einstellungen konfrontiert. Diese Tendenz deutete sich schon etwa in der Justizstatistik aus dem Königreich Hannover 1856 an. Auch später nannte man Zahlen, die zunächst das „außerordentliche Anwachsen der Strafsachen“ insgesamt illustrieren sollten.¹¹¹⁰ Als unmittelbar damit verknüpft sah man den Umstand an, dass auch immer mehr Einstellungen ergingen.¹¹¹¹ Die bei der Staatsanwaltschaft Hannover anhängigen Untersuchungen hatten zwischen 1887 (4530 Untersuchungen) und 1892 (6056 Untersuchungen) einen großen Sprung nach oben gemacht; zugleich seien von 1885 bis 1892 die bei der Staatsanwaltschaft insgesamt eingegangenen Sachen von 53 640 auf 87 999 gestiegen – deswegen staunte man nur wenig darüber, dass auch „die Zahl derjenigen Strafsachen, in welchen der Staatsanwalt das Verfahren eingestellt hat, von Jahr zu Jahr zugenommen“ hatte.¹¹¹² Mit der sogenannten Lex Emminger vom 4. Januar 1924¹¹¹³ setzte die Reichsregierung einen vorläufigen Schlusspunkt in dieser Entwicklung und gab ihr durch diese Offizialisierung neuen An Schub: Die §§ 23 und 24 der Lex regelten das Absehen von der Strafverfolgung bei Geringfügigkeit und einen Teilverzicht auf Strafverfolgung bei mehreren Taten; sie wurden in die StPO übernommen.¹¹¹⁴

Damit legalisierte¹¹¹⁵ man die Praxis der Staatsanwaltschaft, die unter den Bedingungen kriminalpolitischer Richtlinien¹¹¹⁶ im Verwaltungsstaat als effektive und effiziente Strafverfolgung¹¹¹⁷ verstanden und verfestigt wurde. Der Befund, „dass die Staatsanwaltschaft die Mehrzahl der Ermittlungsverfahren“ führe, „um sie nach den

1110 'Statistik' ist für diese Zahlenansammlung zu weit gegriffen – die Quelle der von Stelling (1893) genannten Zahlen war wohl das Geschäftstagebuch der Staatsanwaltschaft Hannover, 892 f., Amn. 1. Im übrigen wies Stelling daraufhin, dass er die amtsanwaltlichen Sachen in seine Berechnungen nicht einbezogen habe; und dass er selbst regelmäßig „wöchentlich vier Sitzungen“ und ein Mal pro Monat zusätzlich eine Schöffengerichtssitzung beim Amtsgericht Calenberg wahrnehmen müsse.

1111 Juliusberg (1890), 659, bezog sich auf die Vorverfahren und nicht auf die Anzeigen, wenn er eine „stete Vermehrung der Gesamtzahl“ einerseits, „anderseits ein langsames aber regelmäßiges Zunehmen der Zahl der [...] eingestellten Vorverfahren“ ausmachte.

1112 Stelling (1893), 862.

1113 „Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege“; dazu Vormbaum (1988), passim.

1114 Vormbaum (1988), 41; die Regelungen entsprechen den heute geltenden §§ 153, 154 StPO.

1115 s.a. Vormbaum (1988), 41, Fn. 22: „Der heutige Passus des § 154 Abs. 1 Ziffer 1 StPO '...nicht beträchtlich ins Gewicht fällt...' wurde eingeführt, um die Praxis der Staatsanwaltschaft zu legalisieren, welche bereits unter der Geltung der 1924 geschaffenen Fassung des § 154 auch solche Verfahren einstellte, welche von gleicher Schwere sind, aber zahlenmäßig nicht mehr ins Gewicht fallen, z.B. 20 von insgesamt 80 vorgeworfenen Diebstählen“.

1116 Holtzendorff (1864), 13: Es sei „der Staatsbehörde freigegeben, bei ihren Fischzügen sich je nach den Umständen eines Netzes von größeren oder kleineren Maschen zu bedienen.“

1117 Holtzendorff (1865), 22: „Einer schnellen und stets schußfertigen Strafverfolgung entspricht das Anklagerecht der Staatsanwaltschaft“.

Vorschriften über die Opportunitätseinstellungen gerade nicht zur Anklage zu bringen oder das Verfahren zumindest durch ein Anklagesurrogat¹¹¹⁸ zu beenden“,¹¹¹⁹ ist unter den skizzierten Bedingungen ein zeitloser: Die Staatsanwaltschaft war „in der Rechtswirklichkeit“ schon immer auch eine „Einstellungsbehörde“¹¹²⁰.

III. Anfang ohne Ende

In der Anklagebehörde, bei der Herrin des Ermittlungsverfahrens, in der Einstellungsbehörde, als Organ der Rechtspflege wurden die Staatsanwälte Verwaltungsexperten des Strafrechts. Sie kommunizierten mit den Ermittlungsbeamten der Kriminalpolizei, stritten sich mit dem Voruntersuchungsrichter, nahmen Strafanzeigen entgegen, verfassten Verfügungen, zeichneten gegen, veranlassten weitere Ermittlungen, ließen Akten umlaufen und die Anzeige beruhen, referierten den Tatbestand, stellten ein Verfahren ein, erhoben Anklage in einem anderen, vertraten in der Hauptverhandlung nicht nur die eigene, sondern auch die Anklage ihres Kollegen, repräsentierten die Rechtsordnung, hielten die harte Rolle aus und verschafften dem Urteilstenor praktische Geltung, mit Unterschrift auf dem Vollstreckungshaftbefehl.

In dieser Struktur änderte sich für die Staatsanwälte mit dem 20. und 21. Jahrhundert vieles – und wiederum nichts. Die mit Juristen besetzte Verwaltungsbehörde des Strafrechts zeigte sich recht unbeeindruckt von politischen Instabilitäten und Umbrüchen und wurde damit ihrer Aufgabe gerecht. Als Staatsanwalt blieb man Jurist, überlebte den Ersten Weltkrieg und das Abdanken des Kaisers, verfasste Anklagen unter der konstitutionellen Monarchie, stellte auch in der parlamentarischen Demokratie weiterhin das Strafverfahren ein, und pflegte das Strafrecht auch im Nationalsozialismus. Ab den 1930er Jahren wurde Kollegen vertrieben und ermordet,¹¹²¹ die letzten jüdischen Staatsanwälte „beurlaubte“ Reichsjustizminister Franz Gürtner nach den Nürnberger Rassengesetzen 1935 „mit Telegrammen“.¹¹²² Nur wenige Staatsanwälte nahmen ihr Legalitätsprinzip ernst und ermittelten etwa

¹¹¹⁸ Gemeint sind Entscheidungen nach § 153a StPO (Einstellung gegen Auflagen) und nach §§ 407 ff. StPO (Strafbefehl im schriftlichen Verfahren).

¹¹¹⁹ Jahn (2007), 549: „Vorbehaltlich mancher regionaler und behördenspezifischer Besonderheiten muss man davon ausgehen, dass im Bundesdurchschnitt knapp über 50% aller Ermittlungsverfahren eingestellt werden.“ Jehle (2009), 20, machte nach einer Statistik von 2006 für die BRD aus, dass 53 % aller durch die Staatsanwaltschaft erledigten Verfahren eine Einstellung zugrunde liegt (nach § 170 Abs. 2 StPO; ohne Auflage; mit Auflage) und nur 11,5% durch Anklageerhebung erledigt werden.

¹¹²⁰ Jahn (2007), 549.

wegen Verbrechen in den ersten Konzentrationslagern,¹¹²³ der Rest trat mehr oder weniger willig der NSDAP bei und vom Deutschen Richterbund in den Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen¹¹²⁴ über. Man blieb aber auch dort Jurist.

Als „Herr des Vorverfahrens“ sollte der Staatsanwalt im Strafverfahren nun über sämtliche Zwangsmittel ohne richterliche Kontrolle entscheiden dürfen, sodass „unbeschränkt die Staatsführung“ herrschen konnte. Man forderte unisono die „vollständige Abschaffung der gerichtlichen Voruntersuchung“¹¹²⁵. Obwohl diese aber sowieso kaum noch praktiziert wurde, konnten sich die Nationalsozialisten erst 1944 im totalen Krieg dazu durchringen sie zu streichen.¹¹²⁶ Draußen auf der Straße diktierte die Gestapo das Gesetz – drinnen im Gefängnis protokollierte der Staatsanwalt als Leiter der Strafvollstreckungsabteilung, dass bei den Hinrichtungen von Sophie Scholl, Hans Scholl und Christoph Probst durch das Fallbeil alles rechtens zugegangen war¹¹²⁷. Das Todesurteil hatte Roland Freisler, als Richter, verfasst. Der Staatsanwalt hatte Straftaten von Polen und Juden zu verfolgen – aber nur dann, wenn er „die Ahndung im öffentlichen Interesse für geboten hielt“.¹¹²⁸ Seine

1121 Benz (1993), 819 ff.: Justizminister Hans Frank gab den OLG-Präsidenten und Generalstaatsanwälten am 25. März 1933 die Order, „daß Staatsanwälte und Amtsanwälte jüdischer Abstammung nicht mehr als Vertreter der Anklage in Gerichtssitzungen tätig werden dürfen“; Hanns Kerrl ordnete für die preußische Justizverwaltung am 31.03.1933 an, dass „jüdische Staatsanwälte [...] umgehend zu beurlauben“ seien; unter dem „Gesetz zur Herstellung des Berufsbeamtentums“ vom 07.04.1933 mussten Staatsanwälte ihre „arische Abstammung“ nachweisen – bis Ende April 1934 „waren 574 jüdische Richter und Staatsanwälte aus dem Dienst geschieden“. Die genaue Zahl der Staatsanwälte wird nicht getrennt von den Richtern aufgeführt. Im preußischen Justizdienst seien zum 01.04.1933 insgesamt 643 jüdische Richter und Staatsanwälte beurlaubt worden, Benz (1993), 823 f., Fn 23.

1122 Benz (1993), 838; in den Oberlandesgerichtsbezirken waren davon noch 74 Richter und Staatsanwälte betroffen, die bis dahin etwa wegen des Frontkämpferprivilegs geduldet worden waren.

1123 s. Richardi, Hans-Günter: Josef Hartinger (1893-1984). Der Staatsanwalt, der Himmler in die Enge trieb, in: Kritische Justiz (Hg.): Streitbare Juristen. Eine andere Tradition, Baden-Baden 1988, 307-317. Hartinger und Oberstaatsanwalt Wintersberger führten Ermittlungen und erhoben Anklage gegen Mitglieder der SS-Mannschaft des KZ Dachau 1933 wegen Körperverletzung mit Todesfolge und Mord. Die Verfahren wurden am Ende einer „zermürbenden Verschleppungstaktik“ eingestellt; Hartinger wurde 1936 an das Landgericht Amberg als Direktor versetzt und „in die Provinz“ abgedrängt; Richardi, 315 f.

1124 Der Deutsche Richterbund war zum Januar 1934 formell aufgelöst; der preußische Richterverein hatte zuvor alle seine Mitglieder aufgefordert, dem BNSDJ beizutreten – alle seine „Richter und Staatsanwälte“ sollten sich „in die gemeinsame Kampffront unter [...] Adolf Hitler eingliedern“; bei Benz (1993), 835.

1125 Alles bei Carsten/Rautenberg (2012), 201 ff.

1126 Schumacher (1987), 26 f.: Vorschläge zu entsprechenden Gesetzesänderungen erfolgten 1936 und 1939, zum 13.12.1944 schließlich deren Umsetzung mit der Verordnung zur weiteren Anpassung der Strafrechtspflege an die Erfordernisse des totalen Krieges.

1127 s. Simon (2010), 1272 ff.

1128 Carsten/Rautenberg (2012), 215.

Behörde stieg in der Gesetzgebung „zum Liebling der Machthaber“ auf.¹¹²⁹ Als „bereits de lege lata hierarchisch“ organisierte,¹¹³⁰ „gegebene Lenkungsbehörde“¹¹³¹ erhielt sie im Strafprozess immer mehr Kompetenzen¹¹³² – und stand damit in einer Tendenz, die sich seit 1846 unbeeindruckt von politischen und gesellschaftlichen Wechsels und Katastrophen durch die Dekaden zog.¹¹³³ Auch der Richter wurde Nationalsozialist – und wehrte sich dagegen, dass ihm durch eine Stärkung der Staatsanwaltschaft die eigene Entscheidungskompetenz eingeengt wurde.¹¹³⁴

Die 'Machtsteigerung' der Staatsanwaltschaft gegenüber den Gerichten im Nationalsozialismus lässt sich – wenn man ihre Konkurrenz nicht als eine normative¹¹³⁵ begreift – als Wiederezusammenführung zweier Institutionen der Strafrechtspflege verstehen, die sich bis dahin funktional und legitimatorisch gespalten hatten. Unter der Entfaltung des explizit Politischen verschmolz man innerhalb der nationalsozialistischen Strafjustiz zu einem totalen Aktionsfeld. „Hemmungen und Kontrolle“¹¹³⁶ waren weder gewollt, noch wurden sie benötigt. Stärker als zuvor agierten die Juristen – Staatsanwälte und Richter – einheitlich als Vollstrecker des Strafrechts im Staatsdienst. Ein systemischer Grund dafür entstand auch durch die polizeiliche Machtvollkommenheit der Gestapo, die ihre Potenz auf faktischer Ebene im Maßnahmenstaat alltäglich demonstrierte.¹¹³⁷ An vielen Stellen konnten die Strafgerichtsverfahren nur noch auf Initiative justizexterner Behörden und Akteure beginnen: Die Gestapo war antragsbefugt, der Reichskommissar der Preisüberwachung initiierte Wirtschaftsstrafverfahren, der Sondertreuhänder der

1129 Popp (1986), 193.

1130 Carsten/Rautenberg (2012), 227.

1131 Bezeichnung in einem Bericht des SD von 1943, bei Carsten/Rautenberg (2012), 227.

1132 Schumacher (1987), 20.

1133 So ist Schumacher (1987), passim, zumindest mit Blick auf die Einstellungskompetenzen der Staatsanwaltschaft zu verstehen.

1134 Schumacher (1987), 23, zitiert Reichsgerichtsrat Schwarz als Teil der juristischen Elite des Dritten Reichs mit dem abwehrenden Satz: „Der königliche Richter kann nicht Diener des Staatsanwalts sein“ und bezweifelt zu Recht, dass die Motivation dieser Aussage rechtsstaatlich-kontrollierend imprägniert gewesen sei.

1135 Nach der die Entwicklung als Abbau rechtsstaatlicher, gegenseitiger Kontrolle der Kompetenzträger und als Umkehr eines normativen Modells in der StPO und im GVG zu deuten ist; Schumacher (1985), 23, 202: Es seien „gegenseitige Hemmungen und Kontrollen“, die „im Interesse der Rechts- und Freiheitssphäre“ wirkten, abgebaut worden; die „Staatsanwaltschaft wird nicht mehr durch die Gerichte, sondern umgekehrt werden die Gerichte durch die Staatsanwaltschaft kontrolliert. [...] Alle wesentlichen rechtsstaatlichen Sicherungen der Kompetenzverteilung zwischen Staatsanwaltschaft und Strafgerichten [...] werden abgeschafft“.

1136 Schumacher (1985), 23.

1137 Mit Schumacher (1987), der darauf hinweist, dass im NS die Stärkung der Staatsanwaltschaft zugleich „allerdings ebenso“ eine Stärkung der Polizei bedeutete, 30.

Arbeit übernahm die Strafverfolgung von Verstößen gegen die Lohnvorschriften, der Reichsminister für Bewaffnung und Munition die Initiative gegen Waffendelikte.¹¹³⁸

Dadurch wurde die „Justiz insgesamt ausgeschaltet“,¹¹³⁹ wie sie sich bis dahin strukturell als eigenständige Gewalt entwickelt hatte. Im ‚völkischen‘ Interesse gingen sowohl institutionelle als auch verfahrensmäßig praktizierte Grenzen ineinander über und auf. Dabei blieben aber die Feinheiten, die man zur Verwaltung des Strafrecht entwickelt hatte, erhalten. Bis 1945 unterschied weiterhin nach Einstellung, Anklage und Urteil und verließ damit auch als Nationalsozialist nicht die juristischen Arbeitsschritte. Ebenso wenig traten Änderungen in der juristischen Grammatik, etwa im Urteilsaufbau, auf. Selbst die knappen Urteile des Volksgerichtshofes unter seinem Vorsitzenden Freisler strukturierte dieser in altbekannter und wohlerhaltener Form – auf das Rubrum folgte der Tenor, auf den Tenor folgten die Urteilsgründe, Zeugenaussagen wurden gewürdigt und schließlich auch die Kostenentscheidung noch begründet. Lediglich das obligatorische „Heil Hitler“ signalisierte auch formell die politischen Vorzeichen.

In der Wehrmachtsjustiz kam man dabei ohne Staatsanwälte aus. Aber auch hier behielt man eine Arbeitsteilung bei: In den Militärgerichten des Ersatzheeres übernahmen zunächst die Truppenvorgesetzten und -kommandeure funktionell Teilaufgaben des Staatsanwaltes. Das Gericht urteilte jedenfalls auf Grundlage von Tatberichten und Beurteilungen, die die Truppenvorgesetzten erstellt hatten. Die Tatberichte waren als „Stellungnahmen“ und „Positionspapiere“ abgefasst und funktional mit einer Strafanzeige vergleichbar.¹¹⁴⁰ Sie gingen aber auch darüber hinaus, denn mit den Tatberichten schilderte man nicht nur den Sachverhalt und nannte Beweismittel¹¹⁴¹, sondern forderte auch explizit eine bestimmte Strafe ein.¹¹⁴² Gleichwohl war es möglich, eine Anzeige direkt bei Gericht einzureichen. In allen Fällen konnte der für die Verfahrensorganisation und das Verfassen der Anklageverfügung zuständige „Gerichtsherr“ einen „Untersuchungsführer“ mit weiteren Ermittlungen beauftragen.¹¹⁴³ In der Verhandlung selbst übernahmen Richter

1138 Alles bei Schumacher (1985), 119 f.

1139 Schumacher (1985), 117.

1140 Kirschner (2015), 190 f.: Der Tatbericht sei „die militärische Form der Anzeige“.

1141 § 16 KStVO.

1142 s. Theis (2015), 174.

1143 § 17 KStVO; Kirschner (2015) setzt den „Gerichtsherrn“ mit dem „Ermittlungsrichter“ gleich, 190. Der Gerichtsherr durfte nach der KStVO aber nicht an Untersuchungshandlungen teilnehmen, § 34.

– wohl¹¹⁴⁴ – die Vertretung der Anklage; allerdings nicht in den eigenen Erkenntnisverfahren, sodass auch in diesen Fällen zumindest für die Verhandlung selbst die Arbeits- und Rollenaufteilung zwischen Ankläger und Urteiler weiter bestand.

Für den Zivilprozess hingegen war der nationalsozialistische Staatsanwalt ein Wiedergänger der besonderen Art: Er wurde im Familien- und Eherecht aktiv. Wo zuvor der preußische Eheverteidiger als Symbol der sittlichen Ordnung unter den Vorzeichen des 19. Jahrhunderts praktisch inaktiv gewesen war, trat nun der nationalsozialistische Eheanfechter in den Vollzug der völkischen Rassenlehre. Zunächst konnte der Staatsanwalt wieder Nichtigkeitsklage erheben, unter den Vorzeichen der explizit rassen-ideologischen Gesetzgebung. Über § 1325a BGB war die Ehe nichtig, wenn die Frau sie „zur Führung des Familiennamens des Mannes“ geschlossen hatte und damit in den Augen des nationalsozialistischen Staatsanwalts über ihre „blutmäßige Abstammung und rassische Zugehörigkeit“¹¹⁴⁵ täuschte. Blutschutzgesetz und Ehegesundheitsgesetz von 1935 normierten, was nach der völkischen Rassenlehre verbotene Ehen waren. Auch in diesen Ehen war der Staatsanwalt für die Nichtigkeitsklage antragsbefugt. Er konnte selbst bei bereits geschiedener Ehe noch nachträglich deren Nichtigkeit feststellen lassen. 1938 sollte er schließlich auch den Rassennachwuchs retten, indem er über den § 1595a BGB die Ehelichkeit von Kindern anfechten konnte¹¹⁴⁶. In solchen Verfahren sollte die Beweiserhebung über Einholung von „erbbiologisch-rassekundlichen“ Gutachten erfolgen;¹¹⁴⁷ für das Kind konnte das Obsiegen des Staatsanwalts bedeuten, dass es nun nicht mehr als „Volljude“, sondern als „Mischling“ galt und damit nicht mehr unmittelbar der Vernichtung ausgesetzt war.¹¹⁴⁸ Insgesamt bestand „die normative Absicht des NS-Gesetzgebers [...], die Ehe weitgehend zu entprivatisieren und im gleichen Maße in den Dienst der weltanschaulichen und politischen Ziele zu stellen,

1144 Kirschner (2015), 183; ohne Nennung von entsprechenden Normen oder Beispielen aus der Praxis. Die KStVO sah in § 7 Abs. 4 vor, dass der „Gerichtsherr“ einen Gerichtsoffizier mit der Vertretung der Anklage beauftragte; in § 40 Abs. 1, dass der „Gerichtsherr“ einen zum Richteramt befähigten Offizier oder Beamten, einen Gerichtsoffizier oder einen richterlichen Militärjustizbeamten mit der Vertretung der Anklage beauftragte.

1145 Bei Barnert (2012), 118; aus einem Urteil des Reichsgerichts zu einer Ehelichkeitsanfechtungsklage gemäß § 1595a BGB.

1146 Carsten/Rautenberg (2012), 220 f.; Barnert (2012), 118.

1147 So die Anforderung durch das Reichsgericht; bei Barnert (2012), 118; Fn. 59.

1148 Deswegen wurden diese Verfahren von Betroffenen veranlasst, denen daran gelegen war, den Status „Volljude“ abzulegen; s. Barnert (2012), 118. Der Staatsanwalt focht hier im Vollzug der Rassenlehre faktisch für das Überleben von Verfolgten – die 'Reinheit des Blutes' besaß hier paradoxerweise partiell Schutzwirkung.

also zu verstaatlichen.“¹¹⁴⁹ Die Antragsbefugnis des Staatsanwalts war die prozessuale Entsprechung. Man nahm damit wieder Strukturen auf, die zuvor in Preußen und im Deutschen Kaiserreich als normative, symbolische Idee ihr Dasein gefristet hatten. Die erstmalige praktisch wirksame Umsetzung dieser Idee überschritt die seit dem 19. Jahrhundert etablierten Grenzen zwischen den einzelnen Rechtsgebieten und Prozessarten und bedeutete den Vollzug von Rassenlehre und Antisemitismus – das wahre Sakrament im Deutschen Reich 1933-1945.

Zum 21. Jahrhundert hin entließ die Politik den Staatsanwalt des 19. Jahrhunderts mit seiner Behörde immer weiter in die Eigenständigkeit des Rechtssystems. 2010 schaffte man den beamtenrechtlichen Status des politischen Beamten für die Generalstaatsanwälte in den Bundesländern der BRD endgültig ab¹¹⁵⁰ – man vertraute ihrer Leitung auch ohne unmittelbar drohenden Zugriff. Die Zuständigkeiten fokussierten sich endgültig auf das Strafrecht und sein Verfahren. Stetig betrieb man eine weitere Flexibilisierung und setzte dabei ressourcenschonend vor allem auf „Opportunitätsvorschriften, die eine vorzeitige Verfahrenserledigung ermöglichen“¹¹⁵¹. Für den Staatsanwalt schuf der Gesetzgeber dabei 1977 mit dem § 153a StPO Entscheidungskompetenzen, die sich denen des Richters annäherten.

Eine Spezialisierung innerhalb der Spezialisierung erfuhr die Staatsanwaltschaft durch die Einrichtung von Sonderdezernaten und Schwerpunktstaatsanwaltschaften. Diese entstanden aus einem Bedürfnis der Strafverfahrungspraxis heraus: „Großverfahren“, die etwa zu Strafsachen im Bereich von Wirtschaftskriminalität und Organisierter Kriminalität, aber auch in der Strafverfolgung von nationalsozialistischen Gewaltverbrechen stattfanden oder die als „Gutachterprozess“ die „Klärung schwieriger naturwissenschaftlicher Fragen“ zum Gegenstand hatten,¹¹⁵² erforderten eine „besondere Sachkunde der Verfolgungsorgane und Konzentrierung von Arbeitskräften“¹¹⁵³. Als Beispiele solcher Verfahren nannte man in den 1970er Jahren natürlich die Frankfurter Auschwitzprozesse, für Wirtschaftsstrafsachen etwa das Verfahren um den Fall

1149 Rüthers (1968/2005), 402.

1150 Als letztes der Länder änderte Mecklenburg-Vorpommern das geltende Landesbeamtenrecht.

1151 Theile (2010), 151.

1152 Hermann (1973), 256 ff.

1153 Hermann (1973), 263.

„Henschel“¹¹⁵⁴ und als naturwissenschaftliche Gutachtenschlacht das Contergan-Verfahren.¹¹⁵⁵ Man prognostizierte, dass für die Staatsanwaltschaften ihre „immer schwieriger werdenden Aufgaben, insbesondere auf dem Gebiet der Banden- und Wirtschaftskriminalität [...] ohne das dynamische Prinzip eines Prioritäten setzenden Ermessens nicht zu bewältigen“¹¹⁵⁶ seien. Das „Ermessen“ reichte hier aber nicht mehr aus, sondern unter den Bedingungen des 20. Jahrhunderts erwies sich eine weitere, interne Ausdifferenzierung als erforderlich. Die Staatsanwälte in den Schwerpunktstaatsanwaltschaften werden damit zu Experten unter den Experten. Als solche sind walten sie heute im Wirtschaftsstrafrecht, betreiben durch Verfolgung neuer Tatbestände den Umweltschutz¹¹⁵⁷ oder formen Risikoverursachungsverbote¹¹⁵⁸ im Strafrecht praktisch aus. Mit den Gesetzgebungsarbeiten zu einer europäischen Staatsanwaltschaft, auch EStA genannt,¹¹⁵⁹ arbeitet man nunmehr daran, das Projekt gesellschaftlicher Steuerung durch eine Verfahrensinstitution auf höherer Ebene zu betreiben: Das Interesse am „Unionshaushalt“ in „Betrugsfällen“, die „komplex und länderübergreifend“ sind, soll geschützt werden, aber das klassische Rechtshilfeinstrumentarium erweist sich dafür „zunehmend als ineffektiv“.¹¹⁶⁰ Die europäische Staatsanwaltschaft ist noch nur als Idee in der Welt, aber schon entwickelt man Hoffnungen, dass man über sie „weitere Phänomene grenzüberschreitender Kriminalität, wie den Menschenhandel, in den Griff“ bekommen könnte¹¹⁶¹. Unter dem Eindruck der Politik nach dem 11. September 2001 wollte man weitergehend die Zuständigkeit einer europäischen Staatsanwaltschaft „allgemein auf schwere grenzüberschreitende Straftaten“ ausdehnen. Im Nachgang zog man diesen Vorschlag wieder zurück, einigte sich aber auf eine generelle, unbestimmte „Öffnungsklausel“, „mit der die Befugnisse der EStA [...] ausgedehnt werden können“.¹¹⁶² Im Zweifel wird es deswegen zu einer europäischen Staatsanwaltschaft noch viel zu sagen geben. Wenn man Entstehung und

1154 Hermann (1973), 257.

1155 Alles bei Hermann (1973), 256 ff.

1156 Kutzer (1975), 110.

1157 Etwa durch die §§ 324 ff. StGB.

1158 Rechtspolitisch motivierte Kritik an dem Umgang mit dem Befund der sogenannten Frankfurter Schule, dass das Strafrecht als „Risikostrafrecht“ angelegt sei, durch Reus (2010), passim; dazugehörige Rezension – im Wesentlichen auf eine Inhaltsangabe und Anmerkungen zu Inkonsistenzen beschränkt – durch Eric Hilgendorf in: JZ 2011, 465-466.

1159 Zu den Gesetzgebungsarbeiten umfassend Killmann/Hoffmann (2014), 757 ff.

1160 Killmann/Hoffmann (2014), 757 f.

1161 Killmann/Hoffmann (2014), 758.

1162 Killmann/Hoffmann (2014), 760.

Etablierung der Staatsanwaltschaft als prozessuale Parallele des gesellschaftlichen Strafrechts und der ihm zugewiesenen Steuerungsaufgabe¹¹⁶³ sieht, dann ist ein Ende nicht in Sicht.

IV. Das Strafrecht

In der Anklagebehörde, bei der Herrin des Ermittlungsverfahrens, in der Einstellungsbehörde, als Organ der Rechtspflege wurden die Staatsanwälte Verwaltungsexperten des Strafrechts. Damit spezialisierten sie sich auf einen Arbeitsstoff, der dem juristischen Wissenschaftsbetrieb als „Stiefkind der Mutter Themis“¹¹⁶⁴ galt und ihm kontingenter noch als die restliche Rechtswelt erschien.¹¹⁶⁵ Seine Materie versprach zwar „Ruhe“ und „Sicherheit“,¹¹⁶⁶ die „Verbesserung der Welt“¹¹⁶⁷, folgte aber stets dem „Endzweck der Strafe“, der „sozialen Verteidigung“¹¹⁶⁸ – und war damit stets mal mehr, mal weniger schlecht in der Zivilisation verstecktes „Indiz“ für „Krieg“¹¹⁶⁹. Unter dem „Paradigma der Prävention“ diente es seit der europäischen Spätaufklärung¹¹⁷⁰ als „instrumentale Strategie“ zur „Lösung bestimmter externer Probleme, die als dringlich wahrgenommen werden“.¹¹⁷¹

1163 Bei Theile (2010), 147, die These im Original mit anderem Bezug: „Die Entstehung und Verbreitung verfahrenserledigender Urteilsabsprachen in Wirtschaftsstrafsachen ist eine Folge der Entwicklung des modernen Wirtschaftsstrafrechts und der ihm vor allem über das materielle Strafrecht zugewiesenen Steuerungsaufgabe.“

1164 Stelling (1893), 869; die „zivilistische Schwester“ erfreue sich „bei den jungen Juristen im allgemeinen einer größeren und innigern Zuneigung“.

1165 Molitor (1843), 2. Das Strafrecht sei „vielfältig Gegenstand legislativer Bearbeitung geworden. Es leuchtet ein, daß Strafgesetze noch weniger als das Civilrecht einen absoluten Werth ansprechen können, sondern nothwendig dem jeweiligen Zustande angepasst seyn müssen.“ Als Faktoren für den „jeweiligen Zustand“ nannte er Volk, Kultur, Sitten, Wohlstand und politische Einrichtungen.

1166 Filangieri (1787), 13.

1167 Hassemer (2007), 103; als Zusammenfassung des als politisch liberal verstandenen „präventiven Paradigmas“.

1168 Moccia (1979), 219. Mit diesem Strafzweck ist zugleich die folgenreiche Verknüpfung von kontraktualistischen Konzepten und gesellschaftsrechtlichen Präventionslehren angesprochen, wie sie zu Tage tritt bei Filangieri (1787), 13 f: „Willst du sicher seyn, sagen gleichsam die Gesetze indem sie die Strafen festsetzen, so mußst du dem, was wir dir vorschreiben, gehorchen [...]. Eben diese Gesellschaft, die deine Ruhe geschützt, wird sich wider dich waffnen und nicht eher die Waffen wieder niederlegen, bis du die Strafe hast über dich ergehen lassen [...]. Durch iene einige That hast du auf einmal alle iene Verträge gebrochen [...]. Du musst verlieren dein Leben, deine Ehre, deine Güter, alle deine Vorrechte im Staat [...]. Du bist nicht mehr Bürger, du bist ein Feind“.

1169 Nochmals Lüderssen (2012), 34 f.

1170 Filangieri (1787), 17 f.: „Weder die Rache noch die Büßung der Schuld ist der Endzweck der Strafe. [...] Wenn die Gesetze strafen, haben sie blos die Gesellschaft und nicht den Verbrecher vor Augen; dann leitet sie blos das Beste des Ganzen [...]; dann suchen sie blos ein Beyspiel zu geben für die Zukunft“. Schon Immanuel Kant habe „süffisanten“ Spott mit den gesellschaftlichen Präventionslehren betrieben, indem er sie als „Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre“ bezeichnete; Hassemer (2007), 101.

1171 Hassemer (2007), 107.

Nicht nur deswegen ist der Schleier, der durch das positive Recht üblicherweise vor seine Paradoxie gehalten wird, im Strafrecht eher fadenscheinig. Wenn der Mensch, als Repräsentant eines Verbrechertypus, als Täter mit Schuld oder als Erziehungsobjekt¹¹⁷² im Fokus des Gerichtsverfahren steht, ist es selbst für das positive Recht schwer, eine „Ungleichheit der Rechtsfälle“ und keine „Ungleichheit der Menschen“¹¹⁷³ zu seinem Gegenstand zu machen. Und der so sezierte Delinquent ist immer „ein Vertreter der Gesellschaft, aus der er hervorgeht“¹¹⁷⁴. Durch diese Offenbarungen ist das Strafrecht besonders anfällig für politische Kritik. Verhältnismäßig schnell steht bei seinen Selbstreflexionen die Frage nach sozialer Ungleichheit und nach Sozialisierungs- und Erziehungsmaßnahmen¹¹⁷⁵ im Raum. Ob Sozialpolitik dann ergänzend neben das Strafrecht treten oder es gleich ganz ersetzen soll¹¹⁷⁶, ist ein Folgeproblem, das in dieser Form in keinem anderen Rechtsgebiet auftritt und das umso stärker auf die prekäre Lage des Strafrechts hinweist.

Was folgt aber daraus, dass dieses Strafrecht – das es kaum schafft, die Gewalt zu verschleiern – als politisches Steuerungsinstrument in Anspruch genommen wird, „daß im modernen Staat“ bisher „wirklich keine Alternative zum zweckmäßigen Strafrecht besteht“¹¹⁷⁷? Vielleicht liegen Gründe für die Ausdifferenzierung seiner Rechtspflege auch darin, dass dieses Strafrecht als Recht ein besonderes Problem zu bewältigen hat: Durch seinen Zwang¹¹⁷⁸ steht es konjunkturell mal mehr, mal weniger stark unter dem Verdacht, dass es „des subjektiven Charakters ledig sei“¹¹⁷⁹.

1. Die Kriminalpolitik

Die preußischen Staatsanwälte wurden jedenfalls schon mit dem Polenprozess 1846 im Verfahren eines Kriseninterventionsmittels eingesetzt, das nicht nur individuelle, sondern auch kollektive „Handlungen“, also Entscheidungen durch Organisationen verfolgte¹¹⁸⁰.

1172 Dieser Trias entsprechen die Strafzwecke der Unschädlichmachung, der Abschreckung und der Besserung; s. Naucke (2000), 226.

1173 Beide Zitate Luhmann (1995), 235.

1174 Merkel, zitiert bei Mittermaier, W. (1897), 27.

1175 Dazu paradigmatisch Mittermaier, W. (1897), 27: „[...] dass wir diese [die Gesellschaft] umgestalten müssen, wollen wir jenen Menschen ändern.“

1176 Zu diesen Interpretationsvarianten der Liszt'schen Texte: Naucke (2000), 242 f., Fn. 64.

1177 Naucke (2000), 263.

1178 Mittermaier, W. (1897), 22: Es verwirkliche die „Interessenabgrenzung durch besonders starken, äußersten Zwang“.

1179 Mittermaier, W. (1897), 21.

1180 So Hassemer (2001), 1008.

Auch für das Strafrecht galt, dass seine „Gesetzgebung von der Politik zur neuen Gestaltung des Gemeinwesens in Anspruch genommen“¹¹⁸¹ wurde. Als Gewährsmann für einen wissenschaftlichen Konzeptwechsel des Strafrechts zu einem material aufladbaren „Programm“ gilt Franz von Liszt mit seiner maßgeblichen Schrift, dem Marburger Programm von 1882.¹¹⁸² Hier lässt sich die Hinwendung der rechtsphilosophischen und rechtswissenschaftlichen Diskussionslinie zu einer „Politisierung des Strafrechts“ fixieren. Der „Zweckgedanke“, der nun auch für das Strafrecht adaptiert wurde, ist der Platzhalter für (kriminal)politische Intentionen und Programme.¹¹⁸³ In diesem konzeptionellen Wechsel liegt nun freilich eine eher verschleppte Selbstreflexion. Seine Gründe erscheinen zeitloser und auch inhaltlich kaum an eine bestimmte Strafrechtsmaterie gebunden. Das „Aufblühen eines präventiven Strafrechts“ mit politischem Steuerungsanspruch kann man in den 1920er Jahren an den allgemein geltenden Maßregeln für den Strafvollzug festmachen¹¹⁸⁴ oder am aufkommenden Wirtschaftsstrafrecht¹¹⁸⁵. Dogmatisch gelten im StGB Gefährdungsdelikte als entsprechendes Indiz – auch diese hat es aber „schon“ in den „Strafrechtsordnungen der Aufklärungszeit“, „sogar“ im „germanischen Recht“ und im „deutschen Recht des Mittelalters“ gegeben¹¹⁸⁶.

1181 Yang (2013), 127.

1182 Naucke (2000), 235; 261 f.: „Das Marburger Programm kennzeichnet den Übergang des Strafrechts von der Freiheitsbegrenzung und Freiheitssicherung zum staatlich organisierten Steuerungsinstrument in der Hand der Gesellschaft.“

1183 Naucke (2000), 262: „Der 'Zweckgedanke im Strafrecht' knüpft den Inhalt des Strafrechts an die jeweils herrschende politische Richtung.“

1184 Hassemer (2007), 107.

1185 Theile (2010), passim.

1186 Affirmativ: Reus (2010), 113. Das Strafrecht sei das „einzig effektive Mittel“, „die Geltungskraft der Verhaltensnormen nach deren Desavouierung durch den Täter wiederherzustellen. [...] Die Verhängung von Strafe ist damit unabdingbar“, 104 f. Nur Strafrecht sei geeignet, z.B. Vertriebs- und gewinnbringende Vermarktung BSE-verseuchten Fleisches zu verhindern – zivilrechtliche Schadensersatzforderungen und Bußgelder könnten dies nicht leisten. Reus hegt Steuerungserwartungen (88: „Moderne Gefahren sind kognitiv schwer zu bewerten, dabei allerdings grundsätzlich steuerbar“) an das Strafrecht als Mittel staatlicher Regulierung. Sie zieht aus rechtssoziologischen Beobachtungen die Konsequenz, den Status quo zu stabilisieren, und nicht zu kritisieren, 141: „In der modernen Industriegesellschaft mit ihren unübersichtlichen Zusammenhängen muss ein Wandel vom Erfolgs- zum abstrakten Gefährdungsdelikt [...] als systemimmanent [...] akzeptiert werden.“ Kondensat ist folglich der dogmatische Versuch, abstrakte Gefährdungsdelikte „ohne Systembruch“ als „verfassungsgemäße Deliktskategorie im Rechtsgüterschutzstrafrecht“ (138) konzeptuell zu legitimieren. Indem Reus allerdings dafür die strafrechtlichen Verhältnisse an den öffentlich-rechtlichen „Störer-Opfer-Konflikt“ (44) annähert, überspringt sie ein dem Strafrecht wesentliches Problem: Dass nämlich die von ihr als funktioneller Strafzweck akzeptierte Stigmatisierung des Täters (87 f.) „schnell an die Grenzen der Verfassung“, respektive Art. 1 I GG, stößt – in den „anerkannten Strafzwecken“ habe „die Demütigung keinen Platz“ (Lüderssen [2012], 493).

So gesteht man ein, dass Strafrecht als politisches Kriseninterventionsmittel „nicht neu, und nicht vorübergehend“, sondern seit seiner Verbindung mit „dem Paradigma der Prävention“ zu beobachten ist.¹¹⁸⁷ Schon in der Aufklärung setzte sich als Strafzweck die gesellschaftliche Selbsterhaltung und Sicherheit durch.¹¹⁸⁸ Dem spätaufgeklärten, preußischen Allgemeinen Landrecht attestiert man „übersteigerte Präventionsbemühungen“, weil es seinen Rechtsadressaten ein „allgemeines Schädigungsverbot“ auferlegte.¹¹⁸⁹ Dass das Strafrecht offensiv von der Politik als Steuerungsmittel und Versprechen in Anspruch genommen wird, erklärt man – heute – damit, dass es sich „so wunderbar dazu eignet, schnelle tagespolitische Reaktionen auf gesellschaftliche Mißstände wählerwirksam und medienverstärkt zu zeigen“¹¹⁹⁰. Es sei an dieser Stelle an Innenminister Bodelschwingh gedacht. Im positiven Strafrecht ist der – staatliche – Gewaltanspruch jedenfalls gerade für juristische Laien evident 'nachfühlbar' und das Strafrecht selbst deswegen bestens für symbolische Kommunikation geeignet.

Für diese Rechts-Ordnung war die Staatsanwaltschaft als „Hebel“ im praktischen Vollzug mehr als nur ein Instrument der Justizkontrolle. Sie bot das Versprechen, unter den aufkommenden Bedingungen des Richterstaates legitimierte und flexible Kriminalpolitik betreiben zu können.

Einmal im Gerichtssaal, lernten die Staatsanwälte schnell dazu und erwiesen sich als wahre Mittelsbehörde zwischen den Gerichten und der Staatsregierung. Unmittelbar nach der gescheiterten Revolution 1848/49 verfolgte der preußische Staat die Revolutionsteilnehmer über Strafverfahren wegen Hochverrat, Landesverrat, Aufruhr und Aufreizung.¹¹⁹¹ Dabei wies König Friedrich Wilhelm IV. über den Justizminister die Staatsanwälte zu einem schärferen Vorgehen an.¹¹⁹² Oft genug signalisierten diese aber, dass sich die erwünschte „Kriminalpolitik“ nicht unmittelbar in die Strafverfahren und auf das Recht übertragen ließe.

1187 Hassemer (2007), 107.

1188 Becchi/Seelmann (2000), 57; s.a. Ignor (2002), 154: „Stärker als früher setzte man im Verlauf des 18. Jahrhunderts die Bestrafung des Schuldigen zur *gemeinen Sicherheit* in Beziehung“.

1189 Bitter (2013), 268; zitiert die §§ 691, 692 ALR, Fn. 1308.

1190 Hamm (1997), 101 f.

1191 Collin (2000), 247 ff. In der einsetzenden Reaktionsphase setzte man die „politische Strafverfolgung“ etwa wegen Majestätsbeleidigung oder Verstoß gegen das Versammlungs- und Vereinsrecht fort, 282 ff.

1192 Indem er etwa insistierte, der Steuerverweigerungsbeschluss der preußischen Nationalversammlung vom 15. November 1848 selbst sei bereits strafbar und würde den Tatbestand des Hochverrats erfüllen, s. Collin (2000), 253 ff., 255.

Der Oberstaatsanwalt war der „Auffassung“, dass „Meinungsäußerungen nur angeklagt werden konnten, wenn sie nach der neuen Verordnung strafbar waren“;¹¹⁹³ „über die Richtung der Untersuchung“ zum Steuerverweigerungsbeschluss der preußischen Nationalversammlung war man sich „bei der Staatsanwaltschaft zunächst noch unklar“, dann entschloss man sich, „die Anklage auf Abgeordnete zu beschränken, die aktiv tätig gewesen waren“¹¹⁹⁴ und schließlich klagte man nicht mehr wegen Hochverrat, sondern wegen Aufruhr und Aufreizung an, um endlich die Anklage nur auf Aufruhr zu „reduzieren“¹¹⁹⁵. Die Staatsanwälte sahen sich trotz unmittelbar vom Justizminister erhaltener Weisung bei der „Durchführung der Untersuchungen vor zahlreiche Probleme tatsächlicher und juristischer Natur gestellt“;¹¹⁹⁶ „einige Staatsanwälte schoben die Erhebung der Anklage vor sich her“;¹¹⁹⁷ „Vorschläge der Staatsanwaltschaft, in [bestimmten] Verfahren die Untersuchungen einzustellen, wies der Justizminister zurück“;¹¹⁹⁸ als dieser „die Staatsanwaltschaft wiederholt anwies, Anklagen zu erheben, machten ihn Oberstaatsanwälte darauf aufmerksam, daß es sinnlos sei, beim Fehlen ausreichender Informationen das gerichtliche Verfahren einzuleiten. Die Gerichte würden 'unsubstantiierte' Anträge zurückweisen“;¹¹⁹⁹ aus „eigener Initiative“ verfolgte die Staatsanwaltschaft „intensiver“ die Majestätsbeleidigung;¹²⁰⁰ „einige Staatsanwälte“ bezweifelten, dass die „Vorschriften des Pressegesetzes“ „die schwurgerichtliche Zuständigkeit beseitigt“ hatten;¹²⁰¹ die polizeiliche „Kommandantur des Ortes sah den Tatbestand der Majestätsbeleidigung als erfüllt an“, der „zuständige Staatsanwalt verneinte jedoch die Strafbarkeit“;¹²⁰² „die Staatsanwaltschaft hielt § 154 StGB [Straffreistellung bestimmter Äußerungen] für unanwendbar und bejahte die Strafbarkeit. Der Justizminister hingegen beurteilte den Ausgang eines Strafverfahrens als sehr ungewiß“;¹²⁰³ er „ordnete die Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde an“ – allerdings hatte die Staatsanwaltschaft „die Frist für

1193 Collin (2000), 252.

1194 Collin (2000), 254 f.

1195 Collin (2000), 256 f.

1196 Collin (2000), 261.

1197 Collin (2000), 262.

1198 Collin (2000), 267.

1199 Collin (2000), 271.

1200 Collin (2000), 287.

1201 Collin (2000), 290.

1202 Collin (2000), 291.

1203 Collin (2000), 297 f.

die Rechtsmittelbegründung überschritten“;¹²⁰⁴ auch die Staatsanwälte „gingen von der Gefährlichkeit des Kommunistenbundes aus“, anders als die Polizeibehörden „sahen sie allerdings oft keinen Anlaß zur Eröffnung eines Strafverfahrens“;¹²⁰⁵ die vom Schneidergesellen Mett in beschlagnahmten Privatbriefen offenbarten politischen Gesinnungen reichten dem Staatsanwalt „für den Nachweis einer öffentlichen Anreizung zum Klassenhaß“ nicht aus;¹²⁰⁶ die Anklageerhebung im ähnlich gelagerten Fall 'Laube' lehnte die Staatsanwaltschaft nicht zuletzt wegen fehlender örtlicher Zuständigkeit ab;¹²⁰⁷ der Berliner Oberstaatsanwalt berichtete dem Justizminister, dass dieser „sicherlich“ nicht wolle, „daß die Staats-Anwaltschaft ihre dem Polizei-Präsidium so vielfach bewiesene Nachgiebigkeit und Willfährigkeit bis zur Nichtachtung des Gesetzes bethätigen soll“;¹²⁰⁸ die Staatsanwaltschaft entgegnete einer Anweisung des Justizministers mit dem Hinweis, „daß sie bei einem Verzicht auf Strafverfolgung sich selbst der Gefahr aussetzen würde, eine Strafvereitelung im Amt zu begehen“;¹²⁰⁹ in einem anderen Fall hatte sie die „unter Berufung auf das ihr zustehende Ermessen“ die Anklageerhebung „wegen Beamtenbeleidigung abgelehnt“;¹²¹⁰ sie „verweigerte die Einleitung der Untersuchung mit dem Argument, ein Unglücksfall oder eine gemeine Gefahr habe nicht vorgelegen“;¹²¹¹ sie verweigerte die Anklageerhebung unter „Hinweis auf die Rechtsprechung des Obertribunals“;¹²¹² sie hielt den Strafverfolgungsverzicht aus „Gründen des öffentlichen Interesses“ selbst bei „drittem oder viertem Rückfall“ für geboten, „wenn der Wert“ des Diebstahlguts „gering war“;¹²¹³ ihre „Anregung, auf die Verfolgung von Jugendlichen unter 12 Jahren prinzipiell zu verzichten, griff der Justizminister nicht auf“;¹²¹⁴ sie klagte bei der Regierung Potsdam „über die Belastungen, die durch die vermehrte Einleitung von Untersuchungen gegen Landstreicher entstünden“;¹²¹⁵ der Oberstaatsanwalt schlug vor, „das öffentliche Interesse an einer Strafverfolgung ausländischer Landstreicher zu verneinen und

1204 Collin (2000), 308 f.

1205 Collin (2000), 319.

1206 Collin (2000), 319.

1207 Collin (2000), 319 f.

1208 Collin (2000), 320.

1209 Collin (2000), 335.

1210 Collin (2000), 339.

1211 Collin (2000), 344.

1212 Collin (2000), 350.

1213 Collin (2000), 369.

1214 Collin (2000), 370.

1215 Collin (2000), 374.

gleich zur Ausweisung zu greifen. Der Justizminister erklärte sich damit einverstanden“;¹²¹⁶ die „Staatsanwaltschaft versuchte dem Dilemma zu entgehen, indem sie in überwiegender Zahl der Fälle ein Verfahren gar nicht erst einleitete“¹²¹⁷. Oft genug stand am Ende dieser Kommunikationsvorgänge doch eine ministeriale Weisung, der die Staatsanwälte folgen mussten. Man ordnete sich „dem Interesse der Verwaltungsbehörden“ und den „Ressortinteressen“ etwa des Finanzministers unter und in die „Anweisungspraxis“ des Justizministers ein.¹²¹⁸ Neben einer Konzentrationsphase expliziter Anweisungen in der politischen Strafverfolgung zwischen 1849 und 1853¹²¹⁹ lässt sich aber vor allem ein Alltagsgeschäft ausmachen, das sich auf „etwa gleichbleibender Intensität“¹²²⁰ einspielte. Hier antizipierten die Staatsanwälte die politischen Erwartungen, hier konnten sie über „arbeitsökonomische Belastung“¹²²¹ für Eigeninteressen argumentieren und hier versteckte sich der ein oder andere Fall, in dem man unter Berufung auf explizit juristische Kriterien – substantiierter Sachverhalt, Beweiswürdigung, höchste Rechtsprechung, Gesetzesmäßigkeit – eigene Entscheidungen und sich selbst als Organ der Rechtspflege behaupten konnte. Die Staatsanwälte transportierten mit ihren Anklagen und Rechtsmitteln nicht nur die Kriminalpolitik an die Gerichte, sondern sie verarbeiteten auch die Rechtsprechung, stellten ihre eigene Arbeit darauf ein und vermittelten die Folgen, das Recht, an die Regierung. Die Staatsanwaltschaft bildete damit gleichsam einen lernfähigen Übersetzungskanal zwischen den Fronten – eine diplomatische Selektionseinheit, mit Eigenleben. Sie hatte sich als „Mittel“ der Kriminalpolitik bewährt und war zugleich von Anfang an in das Rechtssystem, wie es sich über die Gerichte entfaltete, eingebunden.

2. Chaos überall

Das Strafrecht kam den Anforderungen als politisches Interventionsmittel aber nicht nur über die Delikte der politischen Kriminalität¹²²² nach. Kriminalpolitik bedeutete, dass man das Strafrecht allgemein als Antwort auf ein „unübersehbares Chaos“¹²²³

1216 Collin (2000), 374 f.

1217 Collin (2000), 386.

1218 Bei Collin (2000), 387 ff.

1219 Collin (2000), 387.

1220 Collin (2000), 387.

1221 Collin (2000), 391.

1222 Dazu Blasius (1983), passim; im preußischen Vormärz artikulierte man politische Kriminalität als „politische Gesinnungs- und Sozialkriminalität“, wie sie auch über die Presse- und Aufruhrvergehen konstruiert wurde; s. Blasius (1983), 33 ff.; 39.

1223 Speziell zum Markenmissbrauch und Markenrecht: Wadle (1983), 123 f.

konzipierte, das sich mit dem Aufziehen einer neuen Welt im 19. Jahrhundert zeigte. Auch für die vorgeblich 'unpolitische' Ordnung der Gesellschaft griff man auf das Strafrecht zu – etwa mit den Tatbeständen zum Markenmissbrauch.

Auch hier betrieben die preußischen Staatsanwälte die Strafverfolgung, über den § 269 StGB, der „die mißbräuchliche Benutzung fremder, auch ausländischer Warenzeichen“ unter Strafe stellte und in Preußen erst vor dem Hintergrund der „Ausweitung der Produktion von Massenwaren“ Sinn ergab.¹²²⁴ Maßgebliche Anweisungen für die Strafverfolgungspraxis erteilte hierzu der preußische Handelsminister, der wiederum auf Wunsch des sächsischen Staatsministeriums handelte: Man solle auch die unbefugte Benutzung „ausländischer“ Warenzeichen verfolgen.¹²²⁵ Grenzüberschreitenden politischen Steuerungswünschen folgend, verfolgte man über das Markenstrafrecht etwa die Nachahmung fremder Tabaketikette oder die Verwendung nachgemachter Etikette auf qualitativ schlechteren Bleistiften.¹²²⁶ Man stritt um „Namens- und Qualitätszeichen“, „Siegel oder Stempel“, „Zeichen und besondere Merkmale fremder Fabrik-Waaren“; man versuchte den „Markeninhaber“, den „bedrohten Konsumenten“, den „Erwerbskreis“, „das industrielle Eigentum“ zu schützen.¹²²⁷ Nicht nur wurde etwa ein Fabrikname wie Faber zum Symbol für einen zwischen Eigentümer, Markt und Konsumenten kommunizierten Wert. Durch das Strafrecht sollte dieses Gebilde einen steuerbaren und entscheidbaren Schutz erfahren. Das erscheint zunächst wahrlich als eine unterkomplexe Lösung für ein überkomplexes Problem. In dieser Kombination liegt aber gerade das Charakteristikum eines modernen Strafrechts, das durch den Staat als mit „faktisch geringerer Belastung“ verbundene „Regulierungsalternative“ eingesetzt wird¹²²⁸.

Für dieses Strafrecht ist die dogmatische Ausgestaltung und Genese des Markenmissbrauchs paradigmatisch. Sein Straftatbestand verlagerte zunächst die Verantwortlichkeit auf den Delinquenten. Diesem wurde unterstellt, dass er sich durch die Publizität der Zeichenrolle – also des Registers, in dem die genehmigten Zeichen eingetragen waren – „über die Existenz der Zeichen genau informieren“

1224 Collin (2000), 162.

1225 Collin (2000), 162.

1226 Wadle (1983), 269; 271. Der betroffene Bleistiftfabrikant hieß 'Faber'.

1227 Zitate bei Wadle (1983), 270 ff., 280 ff.

1228 Nochmals Theile (2010), 150; die Vergleichsgröße sind „umfänglichere verwaltungsrechtliche Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen“.

konnte¹²²⁹. Ein 'Nichtwissen' war danach nur reine Schutzbehauptung – die Fiktion der Kenntnisnahme reichte für den Tatbestand aus. Bevor der Markenmissbrauch als eigenständiges Delikt in das preußische StGB von 1851 integriert wurde, hatte man in Preußen um eine praktikable Zuordnung für Marken und Waren gerungen. Das Gesetz über die Hüttenzeichen von 1818¹²³⁰ verkörperte das Konzept einer formalen Symbolverwendung, die mit dem technischen und ökonomischen Prozess zunehmend überfordert war: „Bereits gangbare Zeichen“ wurden zusätzlich zu neu registrierten Zeichen „von sehr vielen Fabrikanten mit gleichem Rechte in Anspruch genommen“.¹²³¹ Hinzu kam, dass man die im industriellen Express entstehenden „täglich neu aufkommenden, von den älteren oft kaum zu unterscheidenden Marken“ überprüfen sollte.¹²³² Die zuständigen Minister und Ministerialbeamten in Preußen standen unter dem Eindruck, von den Folgen der Industrialisierung überrannt zu werden: „Die Menge der Fabrikzeichen ist so groß, daß sie sich notwendig ineinander verlieren“¹²³³. Selbst wenn man sich mit einer – geplanten – Zeichenprivilegierung „auf die grose Masse von Artikeln und von einzelnen Meistern und Fabrikhabern“ beschränkte, würde trotzdem alles in „unübersehbares Chaos“ münden.¹²³⁴

Die Juristen hingegen mussten die Folgen davon bewältigen, dass der Markenmissbrauch strafrechtsdogmatisch als Betrug eingeordnet wurde¹²³⁵. Dessen Tatbestand wurde regelmäßig nur dann als erfüllt angesehen, wenn ein Schaden durch Täuschung bewirkt wurde. Beim Markenmissbrauch griff diese Dogmatik aber nicht: Aufgrund des grenzüberschreitenden Verbreitungsradius der Waren und der sich immer stärker entpersonalisierenden Handelsketten zwischen Warenzeichenrechtsinhaber, Fabrikanten, Abnehmern, Wiederverkäufern,

1229 Wadle (1983), 229.

1230 Wadle (1983), 122 f. Das Gesetz sah vor, dass jede Eisenhütte ihr eigenes Zeichen staatlich genehmigt bekam. Damit konnte die Hütte sowohl die Privilegierung ihrer Waren durch den Staat als auch deren grundsätzliche Unterscheidbarkeit zu anderen Waren signalisieren.

1231 Wadle (1983), 124. Das waren Zeichen, die in alten Handwerksrollen vor 1818 registriert worden waren und auch nach 1818 weiter verwendet wurden.

1232 Zitate bei Wadle (1983), 124.

1233 Wadle (1983), 123 f.

1234 Wadle (1983), 123 f.

1235 Dazu Wadle (1983), 270 ff.

Konsumenten und „Publikum“¹²³⁶ fehlte es oft am Schadens-¹²³⁷, wenn nicht bereits am Täuschungsnachweis¹²³⁸.

Der § 269 preußStGB war das Resultat dieser Probleme. In Zwischenstationen unterzog man den Markenmissbrauch einer dogmatischen Verfeinerung¹²³⁹ und lagerte ihn zunächst in den gewerbepolizeilichen Schutz- und Deliktsbereich¹²⁴⁰ aus. Letzteres brachte die legitime Zwecksetzung der Gefahrenabwehr mit sich. Das „Schutzmittel der Strafe“¹²⁴¹ blieb allerdings auch hier erhalten. Schließlich schuf man für das preußische Strafgesetzbuch 1851, das als Bundesvorlage konzipiert war, besagten § 269, der neben den Betrugs- und Fälschungstatbestand trat und keine Täuschung und keinen Schaden mehr, sondern nur noch die fälschliche Bezeichnung von Waren voraussetzte. Die Dogmatik des Betrugstatbestandes hatte damit das Gefährdungsdelikt nicht verhindert, sondern die Gabelung für begriffliche Verfeinerung und materielle Extension angeboten. Juristen und Gesetzgebung hatten den § 269 preußStGB Strafrecht produziert, dessen „Figuren, die den traditionellen Diskursregeln“ widersprachen, zunächst in administrative Maßregeln¹²⁴² ausgelagert worden waren, um schließlich als eigenständige Kategorie den Wiedereintritt in die Kernmaterie zu vollziehen. So durchlief der Markenmissbrauch seine Umgestaltung

1236 Ohne dass etwa bereits eine vergleichbare Dokumentation wie über den elektronischen Zahlungsverkehr in Sicht war.

1237 Wadle (1983), 274.

1238 Wadle (1983), 272.

1239 Wadle (1983), 274 ff.: In der strafrechtlichen Debatte hatte man auf die Problematik zunächst durch eine Verlagerung des Markenmissbrauchs reagiert, vom Betrugs- zum Fälschungstatbestand. Der war „nicht weniger komplex“, aber der Betrug tauchte dort nur noch als Adjektiv auf: Tatbestandsmerkmal der Fälschung war die „betrüglige Nachahmung“. Damit wechselte man Betrug, Täuschung, Schaden und Kausalitäten gegen „Täuschungsabsichten“ aus.

1240 Wadle (1983), 359: Argumentativ brachte man dafür als Schutzgut verstärkt die „Öffentlichkeit“ an, wie sie sich in den „Interessen der Allgemeinheit (Gewerbeförderung, Schutz des konsumierenden Publikums, Schutz des redlichen Verkehrs)“ zeigte, Wadle (1983), 353. Böxler (2013), 16, kritisiert Wadle insoweit, als dass er dessen Diagnose nicht für die badische Gesetzgebung gelten lassen will: Der als Antragsdelikt ausgestaltete § 444 badStGB habe nach zeitgenössischer Interpretation nicht das öffentliche, sondern das Privatinteresse schützen sollen. Allerdings war dann die Rechtsfolge des so ausgerichteten „Schutzmittels“ eine der „schärfsten aller Bundesstaaten“, Böxler (2013), 15.

1241 Wadle (1983), 359.

1242 Andriopoulos (1996), 89. Das Zitat steht im Kontext der Sicherungsverwahrung. Sie wurde im 19. und frühen 20. Jahrhundert als administrative Maßnahme begriffen, die der „Gefährlichkeit“ des Delinquenten gerecht werden sollte und als pathologische Behandlung oder „Sicherungsaktion“ galt. Damit wurde eine Unterscheidung zu der durch strafrechtliche Schuld und Zurechnung indizierten traditionellen Verbüßungs- und Vergeltungsstrafe getroffen – mit dem Ziel, „das dogmatische Gebäude des strafrechtlichen Diskurses in seiner Reinheit“ zu erhalten; Andriopoulos (1996), 88. Aktuell s. Reus (2010), 142 ff., die eine Tatbestandsalternative der strafrechtlichen Produkthaftung wegen ihrer „Unverhältnismäßigkeit“ in die Ordnungswidrigkeiten ausgliedern möchte.

von einem durch Tathandlung und Taterfolg geprägten Delikt zu einem Delikt, das „mehr und mehr die Täuschungsgefahr zum Kriterium“¹²⁴³ hatte.

Die Staatsanwälte waren mit der Strafverfolgung nicht nur für den Markenmissbrauch zuständig. Ganz ähnliche Beobachtungen finden sich auch für das badische StGB von 1851 auf einem weiteren Feld der industriell geprägten Probleme ein: Die badischen Straftatbestände der §§ 465, 466 umfassten nicht nur das Konkursverfahren, sondern bereits auch „die Zeit vor dessen Eröffnung“ und das Vollstreckungsverfahren.¹²⁴⁴ Auch hergebrachte Tatbestände des Staatsschutzes modifizierte man, indem man sie auf das Vorfeld des eigentlichen Erfolgsunwertes bezog: Nun sollten die Staatsanwälte Vorbereitungshandlungen (zum Hochverrat), Aufforderungen (zum Aufruhr), die Verbreitung (von Schriften zur Herabwürdigung der Regierung) und die Anstiftung im Geheimen (zu hochverräterischen öffentlichen Handlungen) verfolgen.¹²⁴⁵ Dass den Staatsanwälten derartige Materien anheim gestellt wurden, war folgenreich – die materielle „Hypertrophie“,¹²⁴⁶ die dem heutigen Strafrecht attestiert wird, hatte damals bereits begonnen.

Die industrielle Massenproduktion, mit der man in Preußen konfrontiert war, ist von anachronistischer Warte aus betrachtet von der Komplexität her nicht mit heutigen Bedingungen einer globalen Ökonomie vergleichbar; auch staatspolitische Vorzeichen haben sich seit 1851 natürlich verändert. Entscheidend ist, dass die Reaktion schon damals in einem Zugriff auf ein Strafrecht bestand, das man an die Erwartung, gerade krisengeschüttelte Gesellschaftsbereiche flexibel steuern zu können, anpasste. Im Bereich des Markenstrafrechts plädiert man bis heute vergebens für eine rechtspolitisch durchzusetzende, materielle „Entkriminalisierung“¹²⁴⁷. Stattdessen findet im Markenstrafrecht allerdings eine Entlastung von dem „grotesk anmutenden Umfang“ der Tatbestände statt, nämlich über den Verfahrensweg: Die Staatsanwaltschaft stellt „in den allermeisten Fällen von Markenverletzungen“ die Verfahren ein.¹²⁴⁸

1243 Wadle (1983), 359.

1244 Moses (2006), 57.

1245 Die Straftatbestände listet Moses (2006), 57, auf.

1246 Die Tatbestände des materiellen Strafrechts werden politisch durch die „Zuweisung der Steuerungsaufgabe“ überladen und expandiert; Theile (2010), 147; so auch Hamm (2007), 531.

1247 So die Agenda von Böxler (2013), 521 f.; Fn. 1: Dass „sich der Gesetzgeber zu einer Entkriminalisierung des Markenrechts durchringen wird“, sei „als sehr gering einzuschätzen; auch in der Literatur finden sich kaum Stimmen“ für eine Entkriminalisierung ein; sondern bestenfalls Hinweise auf den „geradezu grotesk anmutenden Umfang des Markenstrafrechts“. Entkriminalisierung sei „utopisch“.

1248 Böxler (2013), 522.

Die Einrichtung der Staatsanwaltschaft diente damit auch den „Kompensationen“¹²⁴⁹, die im neuen Strafrecht nötig waren. Flexibilität und Selektivität¹²⁵⁰ waren jeher integrale Bestandteile des Strafrechts in der Praxis. Im 19. Jahrhundert wurde dafür eine ganze Behörde eingerichtet. Dort vertraute man staatlich ausgebildeten Verwaltungsexperten die formlose, zunächst nur durch professionelles Erfahrungswissen und ein Richtlinienkonglomerat regulierte, später auch weiter legalisierte und officialisierte Entscheidung darüber an, ob Strafverfolgung zu betreiben sei oder nicht. Das Strafrecht brauchte die neue Behörde, denn in seiner Flexibilität war es zugleich auf gesellschaftliche Totalität angelegt – die Totalität von Nichts ist alles.

1249 Theile (2010), 148.

1250 Anders wohl noch Willoweit (2009), der dem frühneuzeitlichen Sanktionssystem „eine uns heute unbekannte“, durch „Ermessensspielräume“ geprägte „Flexibilität“, etwa über Sühnevereinbarungen, attestiert; 37. Die Möglichkeit verschiedener Konfliktlösungsmechanismen sei dem heutigen Sanktionensystem unbekannt oder sogar fremd, weil die Strafverfolgung vom „zwingenden Legalitätsprinzip“ geprägt sei.

Namensverzeichnis

Bähr, Otto	175 ff.
Bauer, Fritz	25
Berninger, A.B. (Staatsanwalt / Appellationsgericht Eisenach)	187 ff.
Bodelschwingh, Ernst von	10 ff.; 15 ff.; 230
Bomhard, Eduard	123 ff.; 198; 215
Bornemann, Friedrich Wilhelm Ludwig	23; 67
Deycks (Defensor)	37
Feilitzsch (Landgerichtsrat / Zwickau)	184 f.
Feuerbach, Paul Johann Anselm von	35; 83 f.; 88.; 163
Filangieri, Gaetano	93 ff.
Freisler, Roland	221 ff.
Frey, Ludwig	4 ff.; 162 f.
Friedberg, Heinrich	20 ff.; 27; 68 f.; 111; 147 f.
Friedrich Wilhelm IV.	4.; 11 ff.; 67; 169; 230
Gerau (Hofgerichtsrath / Darmstadt)	163; 184
Grolman, Karl Ludwig Wilhelm von	97 f.; 155
Gürtner, Franz	220
Hanstein (Generalprokurator / Marburg)	200 ff.
Holtzendorff, Franz von	138 ff.

Jagemann, Ludwig von	112 ff.; 123 ff.; 144; 198; 212 ff.
Kirchmann, Julius Hermann von	19 ff.; 46 f.; 57; 110 f.
Kleinschrod, Gallus Aloys	35; 93 f.; 97 f.
Kleist, Ludwig Adolph (Kammergerichtspräsident / Berlin)	von 12 ff.
Kohlhaas, Max	194 ff.
König (Staatsanwalt)	133 ff.
Lewald (Defensor)	37
Libelt, Karol (Carl Friedrich Libelt)	9; 32
Liszt, Franz von	6 f.; 228
Lotz, Heinrich	148 ff.
Ludewig (Landgerichtsrat / Herzogthum Braunschweig)	205
Marck, Hugo von	133; 136 f.; 203.; 217 f.
Mierosławski, Ludwik	9; 32 f.; 49 ff.
Mittermaier, Karl Joseph Anton	59; 73 f.; 104; 130; 188
Müller, Alexander	73; 109 f.; 155 f.; 163; 173
Pessler (Erster Staatsanwalt / Herzogthum Braunschweig)	204 f.
Probst, Hans	221
Reichensperger, Peter Franz	179 f.; 189 f.
Rochow, Gustav von	172
Savigny, Friedrich Carl von	19; 47; 51; 130; 155; 168 ff.; 185; 208
Scheffer (Richter / Marburger Kriminalgerichtshof)	200 ff.

Schlöffel, Gustav	22 f.
Schmidt, Eberhard	5; 92 f.
Scholl, Hans	221
Scholl, Sophie	221
Sethe, Julius Johann Ludwig Ernst	23
Struve, Gustav von	66
Sulzer, Theodor	68
Temme, Jodocus	22 ff.; 57
Uhden, Alexander von	10 ff.; 19 ff.
Wentzel, August	17 ff.; 31 ff.; 36 ff.; 46 ff.; 110 f.; 148
Wieland, Ernst Carl	97 ff.
Wilhelm I.	12

Quellen- und Literaturverzeichnis

I. Quellen

1. Geheimes Staatsarchiv Preußischer Kulturbesitz, Bestand Dahlem (zitiert als: GStA PK, I. HA)

a.)

Rep. 77, Titel 529.

b.)

Rep. 89, Nr. 17040, Folie 49.

Rep. 89, Nr. 17089, Folie 67, 68, 69, 70.

Rep. 89, Nr. 17089, Folie 121, 122.

Rep. 89, Nr. 17089, Folie 143, 144.

Rep. 89, Nr. 17364, Folie 183.

Rep. 89, Nr. 17364, Folie 193.

c.)

Rep. 90A, b III 2b, Nr. 6, MF, 89-90.

d.)

Rep. 97, Nr. 4677.

Rep. 97, Nr. 4685, Nr. 4686.

Rep. 97, Nr. 4693.

Rep. 97, Nr. 4696.

Rep. 97, Nr. 4703, Nr. 4704.

Rep. 97, Nr. 4708, Nr. 4709, Nr. 4710.

2. Niedersächsisches Landesarchiv, Bestand Wolfenbüttel (zitiert als: NLA Wolfenbüttel)

a.)

12 A Fb. 3, Nr. 247 a.

b.)

12 A Neu Fb. 5, Nr. 3610.

c.)

42 B Neu Fb. 3, Nr. 50.

42 B Neu Fb. 3, Nr. 76.

II. Literatur

Deutsche Justiz-Statistik, bearbeitet vom Reichs-Justizamt, Jg. 1, Berlin 1883, zitiert als: Justiz-Statistik (1883), XY.

Illustrierter Kalender für 1850. Jahrbuch der Ereignisse, Bestrebungen und Fortschritte im Völkerleben und im Gebiete der Wissenschaften, Künste und Gewerbe, Leipzig 1850, zitiert als: Illustrierter Kalender (1850), XY.

Jahrbücher des Großherzoglich Badischen Oberhofgerichts zu Mannheim. Sammlung einiger neuern, bei dem Großherzoglich Badischen Oberhofgerichte im Criminal- und Civilfache ergangenen Erkenntnisse und Verfügungen, mit besonderer Rücksicht auf das neue Prozeß-Verfahren, Jahr 1825. Gesammelt und herausgegeben vom Staatsrath von Hohnhorst (Kanzler des Oberhofgerichts) Mannheim 1826, zitiert als: Jahrbücher (1826), XY.

Mittheilungen zur Statistik der Strafrechtspflege im Königreiche Hannover während der Jahre 1857 und 1858. Aus Königlichem Justiz-Ministerium, Hannover 1860, zitiert als: Strafrechtspflege Hannover (1860), XY.

Mittheilungen zur Statistik der Strafrechtspflege im Königreiche Hannover während der Jahre 1859 und 1860. Aus Königlichem Justiz-Ministerium, Hannover 1862, zitiert als: Strafrechtspflege Hannover (1862), XY.

Uebersicht der Rechtspflege im Grossherzogthum Hessen während des Geschäftsjahrs 1855/56, in: Schletter, Hermann Theodor (Hg.), Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Bd. 5/1859, 88-91, zitiert als: Rechtspflege Hessen (1859), XY.

- Ahrens, Martin** Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess. Einhundert Jahre legislative Reform des deutschen Zivilverfahrensrechts vom Ausgang des 18. Jahrhunderts bis zur Verabschiedung der Reichszivilprozessordnung, Tübingen 2007, zitiert als: Ahrens (2007), XY.
- Andriopoulos, Stefan** Unfall und Verbrechen. Konfigurationen zwischen juristischem und literarischem Diskurs um 1900, Pfaffenweiler 1996, zitiert als: Andriopoulos (1996), XY.
- Arnold, Martin M.** Pressefreiheit und Zensur im Baden des Vormärz. Im Spannungsfeld zwischen Bundestreue und Liberalismus, Berlin 2003, zitiert als: Arnold (2003), XY.
- Auer, Marietta** Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Tübingen 2014, zitiert als: Auer (2014), XY.
- Barnert, Elena** Schicksalsfäden – Jurisprudenz und Weltanschauung in RGZ 173, in: JZ 3/2012, 114-120, zitiert als: Barnert (2012), XY.
- Becchi, Paolo / Seelmann, Kurt** Gaetano Filangieri und die europäische Aufklärung, Frankfurt am Main 2000, zitiert als: Becchi/Seelmann (2000), XY.
- Benz, Wolfgang** Von der Entrechtung zur Verfolgung und Vernichtung. Jüdische Juristen unter dem nationalsozialistischen Regime, in: Heinrichs, Helmut / Franzki, Harald / Schmalz, Klaus / Stolleis, Michael (Hgg.): Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, München 1993, 813-852, zitiert als: Benz (1993), XY.
- Berg, Alexandra von** Die besondere Bedeutung des Falles gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 3 Var. 3 GVG. Eine Untersuchung zur Zuständigkeitsverteilung von Strafsachen auf Amts- und Landgericht, Berlin 2005, zitiert als: Berg (2005), XY.

**Berlin-
Brandenburgische
Akademie der
Wissenschaften (Hg.)
(unter der Leitung von
Jürgen Kocka und
Wolfgang Neugebauer)**

Acta Borussica, Neue Folge, Reihe 1:
Die Protokolle des Preußischen
Staatsministeriums 1817-1934/38, Bd.
2: 6. Januar 1830 bis 2. Juni 1840,
bearbeitet von Christina Rathgeber,
Hildesheim / Zürich / New York 2004,
zitiert als: Acta Borussica (2004), XY.

Berndt, Erich

Untersuchungsrichter oder
Staatsanwalt?, in: ZStW 1931, 720-
742, zitiert als: Berndt (1931), XY.

**Berninger, A.B.
(Staatsanwalt beim
Appellationsgericht zu
Eisenach)**

Das Institut der Staatsanwaltschaft im
Verfahren über bürgerliche
Rechtsstreitigkeiten, mit Rücksicht auf
eine gemeinsame deutsche
Civilprozeßordnung, Erlangen 1861,
zitiert als: Berninger (1861), XY.

Beulke, Werner

Siegeszug der Vernunft oder der
Willkür – Opportunitätseinstellungen
im Strafverfahren, in: Murmann, Uwe
(Hg.), Recht ohne Regeln? Die
Entformalisierung des Strafrechts,
Göttingen 2011, 45-58, zitiert als:
Beulke (2011), XY.

**Biener, Friedrich
August**

Ueber die neueren Vorschläge zu
Verbesserung des Criminalverfahrens
in Deutschland, in: Zeitschrift für
geschichtliche Rechtswissenschaft,
Bd. 12/1845, 69-130, zitiert als: Biener
(1845), XY.

Bitter, Albrecht von

Das Strafrecht des Allgemeinen
Preußischen Landrechts von 1794 vor
dem ideengeschichtlichen Hintergrund
seiner Zeit, Baden-Baden 2013, zitiert
als: Bitter (2013), XY.

**Blankenburg, Erhard /
Sessar, Klaus / Steffen,
Wiebke**

Die Staatsanwaltschaft im Prozess
strafrechtlicher Sozialkontrolle, Berlin
1978, zitiert als:
Blankenburg/Sessar/Steffen (1978),
XY.

Blasius, Dirk

Geschichte der politischen Kriminalität
in Deutschland (1800-1980). Eine
Studie zu Justiz und
Staatsverbrechen, Frankfurt am Main
1983, zitiert als: Blasius (1983), XY.

Ehescheidung in Deutschland 1794-
1945. Scheidung und
Scheidungsrecht in historischer
Perspektive, Göttingen 1987, zitiert
als: Blasius (1987), XY.

- Die Revision der Reform. Das preußische Scheidungsrecht im Vormärz, in: Speitkamp, Winfried / Ullmann, Hans-Peter (Hgg.): Konflikt und Reform, Festschrift für Helmut Berding, Göttingen 1995, 168-182, zitiert als: Blasius (1995), XY.
- Blaß, Hugo** Die Entwicklung des Strafverfahrens in Hessen-Darmstadt im 19. Jahrhundert, Breslau-Neukirch 1934, zitiert als: Blaß (1934), XY.
- Bomhard, Eduard** Ueber die Frage: Ob und wann eine zweifelhaft stehende Anklage vom Staatsanwälte weiter zu verfolgen ist?, in: Der Gerichtssaal, Jg. 1/1849, 136-140, zitiert als: Bomhard (1849), XY.
- Die Civilrechtspflege in der bayerischen Pfalz verglichen mit Herrn von Zink's Schrift "Über die Ermittlung des Sachverhalts", München 1861, zitiert als: Bomhard (1861), XY.
- Börker, Rudolf** Aus der Geschichte der Staatsanwaltschaft im Herzogtum Braunschweig, in: Glanzmann, Roderich (Hg.), Ehrengabe für Bruno Heusinger, München 1968, 35-50, zitiert als: Börker (1968), XY.
- Böxler, Bernhard** Markenstrafrecht. Geschichte – Akzessorietät – Legitimation – Perspektiven, Tübingen 2013, zitiert als: Böxler (2013), XY.
- Brauer, Wilhelm** Der Staatsanwalt und seine Dienstverrichtung, in: Brauer, Wilhelm / Jagemann, Ludwig von (Hgg.): Beiträge zur Erläuterung der neuen Strafgesetzgebung im Großherzogthum Baden, Freiburg im Breisgau 1847, 156-212, zitiert als: Brauer (1847), XY.
- Braun, Alexander Karl Hermann** Hauptstücke des öffentlich-mündlichen Straf-Verfahrens mit Staatsanwaltschaft nach französischer und holländischer Gesetzgebung. Rechenschaftsbericht über meine Reise im Sommer 1844, Leipzig 1845, zitiert als: Braun (1845), XY.

Buchholz, Stephan

Savignys Stellungnahme zum Ehe- und Familienrecht. Eine Skizze seiner rechtssystematischen und rechtspolitischen Überlegungen, Ius Commune VIII, Frankfurt am Main 1979, 148-191, zitiert als: Buchholz (1979), XY.

Eherecht zwischen Staat und Kirche. Preußische Reformversuche in den Jahren 1854 bis 1861, Frankfurt am Main 1981, zitiert als: Buchholz (1981), XY.

**Buddeus, Johann Karl
Immanuel / Buddeus,
Arthur**

Deutsches Anwaltsbuch. Ein Handbuch zur auswärtigen Proceßführung in allen deutschen Landen, nebst Verzeichnissen sämtlicher Sachwalter in Deutschland, Leipzig 1845, zitiert als: Deutsches Anwaltsbuch (1845), XY.

**Buerschaper
(Staatsanwalt, Leipzig)**

Der Staatsanwalt im künftigen Strafprozeß. Vorschläge zur Strafprozeßreform, in: DRiZ Nr. 1/2 1920, Sp. 6-11, zitiert als: Buerschaper (1920), Sp. XY.

Bultmann, Markus

Erfahrung von Freiheit und Unfreiheit in der deutschen Geschichte. Rastatt und Offenburg: Erinnerungsorte der Revolution 1848/49, Darstellung – Dokumentation – Vermittlung, Bremerhaven 2007, zitiert als: Bultmann (2007), XY.

Cancik, Pascale

Verwaltung und Öffentlichkeit in Preußen. Kommunikation durch Publikation und Beteiligungsverfahren im Recht der Reformzeit, Tübingen 2007, zitiert als: Cancik (2007), XY.

**Carsten, Ernst
Sigismund /
(fortgeführt von)
Rautenberg, Erardo
Cristoforo**

Die Geschichte der Staatsanwaltschaft von den Anfängen bis zur Gegenwart. Ein Beitrag zur Beseitigung ihrer Weisungsabhängigkeit von der Regierung im Strafverfahren, 2. überarbeitete und erweiterte Aufl., Baden-Baden 2012, zitiert als: Carsten/Rautenberg (2012), XY.

- Claproth, Justus** Grundsätze von Verfertigung der Relationen aus Gerichtsacten. mit nöthigen Mustern. Zum Gebrauch der Vorlesungen. Nebst einer Vorrede von der Verhältniß der Theorie und der Ausübung der Rechtsgelehrsamkeit, Dritte vermehrte und verbesserte Auflage, Göttingen 1778, zitiert als: Claproth (1778), Vorrede zur zweyten Auflage, Bl. XY.
- Collin, Peter** „Wächter der Gesetze“ oder „Organ der Staatsregierung“? Konzipierung, Einrichtung und Anleitung der Staatsanwaltschaft durch das preußische Justizministerium von den Anfängen bis 1860, Frankfurt am Main 2000, zitiert als: Collin (2000), XY.
- Dettmar, Juliane Sophia** Legalität und Opportunität im Strafprozess – Reformdiskussion und Gesetzgebung von 1877 bis 1933, Berlin 2008, zitiert als: Dettmar (2008), XY.
- Deuchert, Norbert** Vom Hambacher Fest zur badischen Revolution. Politische Presse und Anfänge deutscher Demokratie 1832-1848/49, Stuttgart 1983, zitiert als: Deuchert (1983), XY.
- Dilcher, Gerhard** Der Gedanke der Rechtserneuerung im Mittelalter, in: Battenberg, Friedrich / Ranieri, Filippo (Hgg.): Geschichte der Zentraljustiz im Mittelalter, Festschrift für Bernhard Diestelkamp zum 65. Geburtstag, Weimar / Köln / Wien 1994, zitiert als: Dilcher (1994), XY.
- Dölemeyer, Barbara** Ministère public und Staatsanwaltschaft – Der Einfluss des 'modèle judiciaire français' im Rheinland, in: Durand, Bernard (Hg.), Staatsanwaltschaft – europäische und amerikanische Geschichten, Frankfurt am Main 2005, 85-103, zitiert als: Dölemeyer (2005), XY.
- Dowe, Dieter** Die erste sozialistische Tageszeitung in Deutschland. Der Weg der „Trierschen Zeitung“ vom Liberalismus über den „wahren Sozialismus“ zum Anarchismus, in: Archiv für deutsche Sozialgeschichte, Jg. 12/1972, 55-107, zitiert als: Dowe (1972), XY.

- Elsner, Beatrix** Entlastung der Staatsanwaltschaft durch mehr Kompetenzen für die Polizei? Eine deutsch-niederländisch vergleichende Analyse in rechtlicher und rechtstatsächlicher Hinsicht, Göttingen 2008, zitiert als: Elsner (2008), XY.
- Falck, C.**
(Ministerialdirektor, Berlin] Zur Stellung der Staatsanwaltschaft, in: Die Justiz, Jg.1/1925, 33-41, zitiert als: Falck (1925), XY.
- Falk, Ulrich** Consilia. Studien zur Praxis der Rechtsgutachten in der Frühen Neuzeit, Frankfurt am Main 2006, zitiert als: Falk (2006), XY.
- Feuerbach, Paul**
Johann Anselm von Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und die Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Bd. 2: Ueber die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs, in besonderer Beziehung auf die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Gießen 1825, zitiert als: Feuerbach (1825), XY.
- Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Gießen 1826, 9. Aufl., zitiert als: Feuerbach (1826), XY, § XY.
- Filangieri, Gaetano** System der Gesetzgebung, Dritter Band. Aus dem Italienischen des Ritters Caietan Filangieri Anspach 1786 (Übersetzer: Siebenkees, Johann Christian / Drucker: Haueisen, Benedikt Friedrich), zitiert als: Filangieri (1786), XY.
- System der Gesetzgebung, Vierter Band. Aus dem Italienischen des Ritters Caietan Filangieri Anspach 1787 (Übersetzer: Siebenkees, Johann Christian / Drucker: Haueisen, Benedikt Friedrich), zitiert als: Filangieri (1787), XY.
- Fischer, Thomas** Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kurzkommentar, 60. Aufl. 2013, zitiert als: Fischer (2013), § XY, Rn. XY.
- Frey, Ludwig** Der Staatsanwalt und sein Dienst als öffentlicher Ankläger in Baden und Frankreich, Heidelberg 1845, ziert als: Frey (1845), XY.

- Die Staatsanwaltschaft in Deutschland und Frankreich, Erlangen 1850, zitiert als: Frey (1850), XY.
- Frommel, Monika**
- Strafjustiz und Polizei. Muß man die Strafrechtsgeschichte vom Kopf auf die Füße stellen?, in: Simon, Dieter (Hg.): Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, Frankfurt am Main, 22.-26. September 1986, Frankfurt am Main 1987, 169-196, zitiert als: Frommel (1987), XY.
- Die Implementation der liberalen Forderung nach einer Reform des Strafverfahrens in der jüngeren Strafrechtsgeschichte, in: Mohnhaupt, Heinz (Hg.), Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990). Beispiele, Parallelen, Positionen, Frankfurt am Main 1991, 548-562, zitiert als: Frommel (1991), XY.
- Fuchs, Daniela**
- Der große Polenprozeß von 1847 in Berlin, Schriftenreihe des Vereins „Biographische Forschungen und Sozialgeschichte e.V.“, Berlin 1998, zitiert als: Fuchs (1998), XY.
- Gerau (Hofgerichtsrat in Darmstadt)**
- Über die Wirksamkeit der Staatsprokurator als Organ der höchsten Staatsaufsicht und des Gesetzes in der bürgerlichen Rechtsverwaltung, in: Archiv für die civilistische Praxis, 32. Bd., 3/1849, 324-356, zitiert als: Gerau (1849), XY.
- Germann, Karl-Adolf**
- Einflüsse der Juli-Revolution auf die Gesetzgebung Badens im Jahre 1831, Freiburg 1948.
- Glaser, Julius**
- Gesammelte kleinere Schriften über Strafrecht, Civil- und Strafprocess, Bd. 1, Wien 1868; zitiert als: Glaser (1868/ Veröffentlichungsjahr des jeweiligen Aufsatzes).

Griebel, Ludwig

Die Behandlung von Verschwendern und Geisteskranken im frühneuzeitlichen Territorialstaat (1495-1806). Eine Darstellung der privatrechtlichen und policeylichen Maßnahmen im Kurfürstentum Mainz und Herzogtum Württemberg, Hamburg 2010, zitiert als: Griebel (2010), XY.

Grimm, Dieter

Methode als Machtfaktor, in: Festschrift für Helmut Coing, Bd. 1, München 1982, 469-492, zitiert als: Grimm (1982), XY.

Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, in: KritV 1986, 38-54, zitiert als: Grimm (1986), XY.

Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866. Vom Beginn des modernen Verfassungsstaats bis zur Auflösung des Deutschen Bundes, Frankfurt am Main 1988; zitiert als: Grimm (1988), XY.

Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt am Main, 2. Aufl. 1994; zitiert als: Grimm (1994), XY.

Grimm, Joachim

Karl Gutzkows Arrivierungsstrategie unter den Bedingungen der Zensur (1830-1847), Frankfurt am Main 2010, zitiert als: Grimm (2010), XY.

Grolman, Karl Ludwig Wilhelm von

Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze, Gießen 1798 (Nachdruck im Keip Verlag, Berlin 1998), zitiert als: Grolman (1798/1998), XY, § XY.

Ausführliches Handbuch über den Code Napoleon. Zum Gebrauche wissenschaftlich gebildeter deutscher Geschäftsmänner, Bd. 1, Gießen / Darmstadt 1810, zitiert als: Grolman (1810), XY.

Groß, Rudolph von

Kritik der Strafproceß-Ordnung für das Herzogthum Sachsen Altenburg vom 27. Februar 1854 nebst Darstellung ihres wesentlichen Inhalts, Jena 1854, zitiert als: Groß (1854), XY.

Haager (Hofgerichtsrat und Staatsanwalt in Konstanz)

Die Staatsanwaltschaft in Baden, in: Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Bd. 6/1860, 274-283, zitiert als: Haager (1860), XY.

Haas, Volker

Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur: Zur Ausübung hoheitlicher Gewalt durch Staatsanwaltschaft und erkennendes Gericht im deutschen Strafverfahren, Tübingen 2008, zitiert als: Haas (2008), XY.

Haber, Günter

Strafgerichtliche Öffentlichkeit und öffentlicher Ankläger in der französischen Aufklärung. Mit einem Ausblick auf die Gesetzgebung der Konstituante, Berlin 1979, zitiert als: Haber (1979), XY.

Habermas, Rebekka

Diebe vor Gericht – die Entstehung der modernen Rechtsordnung im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 2008, zitiert als: Habermas (2008), XY.

Hahn, Karl (Hg.)

Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 1, Abtheilung 1: Die gesammten Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz und dem Einführungsgesetz zu demselben vom 27. Januar 1877, Berlin 1879, zitiert als: Hahn (1879), XY.

Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 2, Abtheilung 1: Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, Berlin 1880, zitiert als: Hahn (I/1880), XY.

Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 2, Abtheilung 2: Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, Berlin 1880, zitiert als: Hahn (II/1880), XY.

Hamm, Rainer

Große Strafprozesse und die Macht der Medien. Eine Vorlesungsreihe im Wintersemester 1995/96, Baden-Baden 1997, zitiert als: Hamm (1997), XY.

Wie muss das Strafrecht beschaffen sein, damit wir uns wieder ein Legalitätsprinzip leisten können?, in: Pieth, Mark / Seelmann, Kurt (Hgg.), Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht. Kolloquium zum 70. Geburtstag von Detlef Krauß, Basel 2006, 1-7, zitiert als: Hamm (2006), XY.

Ist die Entformalisierung des Strafrechts und des Strafprozessrechts unaufhaltsam?, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt am Main (Hg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, Frankfurt am Main 2007, 521-543, zitiert als: Hamm (2007), XY.

Härter, Karl

Das Aushandeln von Sanktionen und Normen. Zu Funktion und Bedeutung von Supplikationen in der frühneuzeitlichen Strafjustiz, in: Nubola, Cecilia / Würzler, Andreas: Bittschriften und Gravamina. Politik, Verwaltung und Justiz in Europa (14.-18. Jahrhundert), Berlin 2005, 243-274, zitiert als: Härter (2005), XY.

Die Entwicklung des Strafrechts in Mitteleuropa 1770-1848: Defensive Modernisierung, Kontinuitäten und Wandel der Rahmenbedingungen, in: Habermas, Rebekka / Schwerhoff, Gerd (Hgg.), Verbrechen im Blick. Perspektiven der neuzeitlichen Kriminalitätsgeschichte, Frankfurt am Main / New York 2009, 71-107, zitiert als: Härter (2009), XY.

Hassemer, Winfried

Legalität und Opportunität im Strafverfahren. Eine Skizze, in: Ostendorf, Heribert (Hg.), Strafverfolgung und Strafverzicht. Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, Köln / Berlin / Bonn / München 1992, 529-540, zitiert als: Hassemer (1992), XY.

- Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, in: Schünemann, Bernd / Achenbach, Hans / Bottke, Wilfried / Haffke, Bernhard / Rudolphi, Hans-Joachim (Hgg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin 2001, 1001-1019, zitiert als: Hassemer (2001), XY.
- Sicherheit durch Strafrecht, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt am Main (Hg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, Frankfurt am Main 2007, 99-137, zitiert als: Hassemer (2007), XY.
- Henne, Thomas** Verwaltungsrechtsschutz im Justizstaat. Das Beispiel des Herzogtums Braunschweig 1832-1896, Frankfurt am Main 1995, zitiert als: Henne (1995), XY.
- Henrichs, Axel Edgar** Juristische und praktisch organisatorische Modifikationen zum Verhältnis der Institutionen Polizei und Staatsanwaltschaft zueinander, Trier 2001, zitiert als: Henrichs (2001), XY.
- Hepp, Ferdinand Carl Theodor** Anklageschaft, Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens, gegründet auf eine historisch-kritische Beleuchtung des bestehenden Inquisitionsprozesses, Tübingen 1842, zitiert als: Hepp (1842), XY.
- Hermann, Joachim** Das Versagen des überlieferten Strafprozeßrechts in Monstreverfahren, in: ZStW 1973, 255-287, zitiert als: Hermann (1973), XY.
- Hocks, Stephan** Gerichtsgeheimnis und Begründungszwang. Zur Publizität der Entscheidungsgründe im Ancien Régime und im frühen 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 2002, zitiert als: Hocks (2002), XY.
- Hodenberg, Christina von** Die Partei der Unparteiischen: Der Liberalismus der preussischen Richterschaft 1815-1848/49, Göttingen 1996, zitiert als: Hodenberg (1996), XY.

Hoepfner, Johann	Ueber den Anklageproceß und das Geschwornengericht, Hamburg 1844, zitiert als: Hoepfner (1844), XY.
Hofer, Sybille	Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Tübingen 2001, zitiert als: Hofer (2001), XY.
Holtze, Friedrich	500 Jahre Geschichte des Kammergerichts. Festschrift zur Feier seines Einzuges in das neue Heim am Kleistpark, Berlin 1913, zitiert als: Holtze (1913), XY.
Holtzendorff, Franz von	Die Reform der Staatsanwaltschaft in Deutschland, Berlin 1864, zitiert als: Holtzendorff (1864), XY. Die Umgestaltung der Staatsanwaltschaft vom Standpunkt unabhängiger Strafjustiz und der Entwurf einer Strafprozeß-Ordnung für den preußischen Staat, Berlin 1865, zitiert als: Holtzendorff (1865), XY.
Hufeld, Ulrich	Die Vertretung der Behörde, Tübingen 2003, zitiert als: Hufeld (2003), XY.
Hülle, Werner	Geschichte der Staatsanwaltschaft im Lande Oldenburg, in: Niedersächsisches Jahrbuch für Landesgeschichte, Bd. 49/1977, 131-147, zitiert als: Hülle (1977), XY.
Hüls, Silke	Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit: Machtzuwachs und Kontrollverlust, Berlin 2007, zitiert als: Hüls (2007), XY.
Ignor, Alexander	Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846 – von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz, Paderborn 2002, zitiert als: Ignor (2002), XY.
Jagemann, (?) von	Jagemann, Ludwig von, in: Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (Hg.): Allgemeine Deutsche Biographie, Bd. 13, München / Leipzig 1881, 643-645, zitiert als: Jagemann (1881), XY.

Jagemann, Ludwig von

Sechs Gebote für die öffentlichen Ankläger, in: Der Gerichtssaal Jg. 1/1849, 214-243; zitiert als: Jagemann (1849), XY.

Jahn, Matthias

Der Verdachtsbegriff im präventiv orientierten Strafprozess – Initiativ-, Vor- und Strukturermittlungen der Staatsanwaltschaft und ihre rechtsstaatliche gerichtliche Kontrolle, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt am Main (Hg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, Frankfurt am Main 2007, 545-569, zitiert als: Jahn (2007), XY.

**Jehle, Jörg-Martin /
Bundesministerium der
Justiz (Hg.)**

Strafrechtspflege in Deutschland. Fakten und Zahlen, 5. Aufl., Mönchengladbach 2009, zitiert als: Jehle (2009), XY.

Julius, Gustav (Hg.)

Der Polenprozeß. Prozeß der von dem Staatsanwälte bei dem Königlichen Kammergerichte als Betheiligte, bei dem Unternehmen zur Wiederherstellung eines Polnischen Staates in den Grenzen von 1772, wegen Hochverraths angeklagten 254 Polen (in erster Instanz) verhandelt im Gebäude des Staatsgefängnisses in Berlin, Berlin 1848, zitiert als: Julius (1848), Sp. XY.

**Juliusberg
(Gerichtsassessor in
Breslau)**

Die ergebnislosen Vorverfahren und die Praxis der Staatsanwaltschaft. Beiträge zur Reform des Strafprozesses, in: ZStW 1890, 656-665, zitiert als: Juliusberg (1890), XY.

Kaser, Max

Das römische Zivilprozessrecht, Handbuch der Altertumswissenschaft; begr. von Iwan von Müller, erw. von Walter Otto, fortgef. von Hermann Bengtson; Abt. 10, Rechtsgeschichte des Altertums, Teil 3, Bd. 4, München 1966, zitiert als: Kaser (1966), XY.

Keller, Gustav

Die Staatsanwaltschaft in Deutschland. Ihre Geschichte, Gegenwart und Zukunft, Wien 1866, zitiert als: Keller (1866), XY.

- Kesper-Biermann, Sylvia** Gerechtigkeit, Politik und Güte. Gnade im Deutschland des 19. Jahrhunderts, in: Jahrbuch für juristische Zeitgeschichte, 13 (2012), 21-47, zitiert als: Kesper-Biermann (2012), XY.
- Kiesow, Rainer Maira** Der böse Advokat, in: Durand, Bernard (Hg.), Staatsanwaltschaft – europäische und amerikanische Geschichten, Frankfurt am Main 2005, 139-147, zitiert als: Kiesow (2005), XY.
- Killermann, Rainer** Die Rota Romana. Wesen und Wirken des päpstlichen Gerichtshofes im Wandel der Zeit, Frankfurt am Main 2009, zitiert als: Killermann (2009), XY.
- Killmann, Bernd-
Roland / Hoffmann,
Margarete** § 48: Perspektiven für eine europäische Staatsanwaltschaft, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht / Sieber, Ulrich / Satzger, Helmut / Heintschel-Heinegg, Bernd von (Hgg.): Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2014, 757-766, zitiert als: Killmann/Hoffmann (2014), XY.
- Kirchmann, Julius
Hermann von** Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin 1848 / mit einem Nachwort, einer kurzen Lebensbeschreibung und einer ausführlichen Bibliographie von Heinrich H. Meyer-Tscheppe, Heidelberg 1988, zitiert als: Kirchmann (1848/1988), XY.
- Kirschner, Albrecht** „Asoziale Volksschädlinge“ und „Alte Kämpfer“. Zu Handlungsmöglichkeiten der Wehrmachtsrichter im Zweiten Weltkrieg, in: Bade, Claudia / Skowronski, Lars / Viebig, Michael (Hgg.): NS-Militärjustiz im Zweiten Weltkrieg. Disziplinierungs- und Repressionsinstrument in europäischer Dimension, Göttingen 2015, 181-192, zitiert als: Kirschner (2015), XY.

Kleinschrod, Aloys	Gallus	Ueber den Werth des Anklage- und Untersuchungsprozesses gegen einander, nebst Vorschlägen zur Verbesserung des peinlichen Prozesses im Allgemeinen, in: Archiv des Criminalrechts, 1800, Zweiter Band / Viertes Stück, 1-14, zitiert als: Kleinschrod (1800), XY.
Knollmann, Wilhelm	Johann	Die Einführung der Staatsanwaltschaft im Königreich Hannover: Studien zur Entstehung des reformierten Strafprozesses, Berlin 1994, zitiert als: Knollmann (1994), XY.
Koch, Arnd		Denunciatio. Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts, Frankfurt am Main 2006, zitiert als: Koch (2006), XY. Die Grundlagen des deutschen Strafverfahrens. Zehn verbreitete Fehlvorstellungen und ihre notwendige Korrektur, in: Steinberg, Georg (Hg.): Recht und Macht. Zur Theorie und Praxis von Strafe, Festschrift für Hinrich Rüping zum 65. Geburtstag, München 2008, 393-408, zitiert als: Koch (2008), XY. Die gescheiterte Reform des reformierten Strafprozesses. Liberale Prozessrechtslehre zwischen Paulskirche und Reichsgründung, in: ZIS 10/2009, 542-548, zitiert als: Koch (2009), XY.
Kohlhaas, Max		Die Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt, Neuwied 1963, zitiert als: Kohlhaas (1963), XY.
König (Staatsanwalt beim königlichen Landgericht zu Halle)		Die Geschäftsverwaltung der Staatsanwaltschaft in Preußen. Systematische Darstellung des Inhalts der auf den Geschäftskreis der Staatsanwaltschaft bezüglichen Kabinetsordres, Reglements und Rescripte, Berlin / Leipzig 1882, zitiert als: König (1882), XY.

- Köstlin, Reinhold** Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im neunzehnten Jahrhundert, kritisch und geschichtlich beleuchtet, nebst ausführlicher Darstellung der Entstehung des Geschwornengerichts, Tübingen 1849, zitiert als: Köstlin (1849), XY.
- Krause, Peter** Geschichte der Justiz- und Verwaltungsbildung in Preußen und Deutschland, in: Baldus, Christian / Finkenauer, Thomas / Rübner, Thomas (Hgg.), Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform, Tübingen 2008, 95-126, zitiert als: Krause (2008), XY.
- Krebs, Michael** Die Weisungsgebundenheit des Staatsanwalts unter besonderer Berücksichtigung des rechtstatsächlichen Aspekts, Frankfurt am Main 2002, zitiert als: Krebs (2002), XY.
- Kries, August von** Vorverfahren und Hauptverfahren, in: ZStW 1889, 1-105, zitiert als: Kries (1889), XY.
- Kunz, Karl-Ludwig** Die Einstellung wegen Geringfügigkeit durch die Staatsanwaltschaft. Eine empirische Untersuchung in kriminalpolitischer Absicht, Königstein / Taunus, 1980, zitiert als: Kunz (1980), XY.
- Küper, Wilfried** Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, Berlin 1967, zitiert als: Küper (1967), XY.
- Kutzer, Klaus** Zum Ermessens- und Handlungsspielraum der Staatsanwaltschaft, in: DRiZ 1975, 110-111, zitiert als: Kutzer (1975), XY.
- Lahusen, Benjamin** Rechtspositivismus und juristische Methode. Betrachtungen aus dem Alltag einer Vernunftsehe, Weilerswist 2011, zitiert als: Lahusen (2011), XY.
- Alles Recht geht vom Volksgeist aus. Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft, Berlin 2013, zitiert als: Lahusen (2013), XY.

Laubert, Manfred	Das Gutachten des Kammergerichtspräsidenten v. Kleist zum Moabiter Polenprozeß 1846, in: ZStW 1922, 352-355, zitiert als: Laubert (1922), XY.
Leonhard, Jörn	„...der heilige Eifer des Bücherkastrierens“? Wandel und Widerspruch politischer Zensur im deutschen Vormärz bis 1848, in: Müller, Beate (Hg.): Zensur im modernen deutschen Kulturraum, Tübingen 2003, 31-45, zitiert als: Leonhard (2003), XY.
Leonhardt, Hans-Joachim	Rechtsmittelermessens der Staatsanwaltschaft. Eine Gegenüberstellung von § 296 StPO mit Nummern 147 und 148 Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV), Frankfurt am Main 1994, zitiert als: Leonhardt (1994), XY.
Linke, Hartmut	Parteifreiheit und Richterinitiative im Scheidungsverfahren, in: Sandrock, Otto (Hg.): Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag, am 26. April 1979, Berlin / New York 1979, 269-291, zitiert als: Linke (1979), XY.
Liszt, Franz von	Über die Stellung der Verteidigung in Strafsachen, in: DJZ 1901, 179-182, zitiert als: Liszt (1901), XY.
Lotz, Heinrich	Rede zur ersten Schwurgerichtssitzung in Würzburg am 12. April 1849, in: Neue Würzburger Zeitung, Nr. 105 v. 16. April 1849, Glosse „Gerichtszeitung“, 1-2, zitiert als: Lotz (1849), XY.
Lüderssen, Klaus	Abschaffen des Strafens?, Frankfurt am Main 1995, zitiert als: Lüderssen (1995), XY. Rechtsfreie Räume?, Berlin 2012, zitiert als: Lüderssen (2012), XY.
Lüdicke, Klaus	Zum Berufungssystem im kirchlichen Ehenichtigkeitsprozeß, in: Lüdicke, Klaus / Mussinghoff, Heinrich / Schwendenwein, Hugo (Hgg.): Iustus Iudex. Festgabe für Paul Wesemann zum 75. Geburtstag von seinen Freunden und Schülern, 507-551, Essen 1990, zitiert als: Lüdicke (1990), XY.

**Ludwig-Mayerhofer,
Wolfgang / Rzepka,
Dorothea**

Zwischen Strafverfolgung und Sanktionierung. Empirische Analysen zur gewandelten Stellung der Staatsanwaltschaft im Prozeß strafrechtlicher Sozialkontrolle, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 14 (1993), Heft 1, 115-140, zitiert als: Ludwig-Mayerhofer/Rzepka (1993), XY.

Luhmann, Niklas

Legitimation durch Verfahren, Neuwied am Rhein/Berlin 1969, zitiert als: Luhmann (1969), XY.

Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1995, zitiert als: Luhmann (1995), XY.

Marck, Hugo von

Die Staatsanwaltschaft bei den Land- und Amtsgerichten in Preußen. Eine fortlaufende Darstellung der gesamten Thätigkeit der Staatsanwaltschaft nach Reichs- und Landesrecht, mit allen einschlägigen Bestimmungen im Wortlauf und mit Verfügungsentwürfen; als Lehrbuch für die Referendarien, als Handbuch für die Amtsanwälte und als Nachschlagebuch für die Staatsanwälte, Berlin 1884, zitiert als: Marck (1884), XY.

**Marck, Hugo von /
Kloß, Alfred**

Die Staatsanwaltschaft bei den Land- und Amtsgerichten in Preußen. Form und Inhalt der Amtshandlungen der Staatsanwaltschaft nach Reichs- und Landesrecht, mit den einschlägigen Bestimmungen im Wortlaut und mit Verfügungsentwürfen, 2., völlig umgearbeitete, bis auf die Jetztzeit fortgeführte Aufl., Berlin 1903, zitiert als: Marck (1903), XY.

**Marck, Hugo von /
Kloß, Alfred /
Schwedersky, E.
(Staatsanwalt, Hamm in
Westfalen)**

Die Staatsanwaltschaft bei den Land- und Amtsgerichten in Preußen. Form und Inhalt der Amtshandlungen der Staatsanwaltschaft nach Reichs- und Landesrecht, mit den einschlägigen Bestimmungen im Wortlaut und mit Verfügungsentwürfen, 3. Aufl., Berlin 1913, zitiert als: Marck (1913), XY.

- | | |
|----------------------------------|--|
| Marquardt, Hanno | Die Entwicklung des Legalitätsprinzips. Ein historisch-empirischer Beitrag zur Gesetzgebung, Dissertation Universität Mannheim, 1982, zitiert als: Marquardt (1982), XY. |
| Marx, Michael | Aufgaben der Staatsanwaltschaft in der strafrechtlichen Hauptverhandlung, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Jg. 1978, 365-371, zitiert als: Marx (1978), XY. |
| Mayer, Anton | Das Strafverfahren im Großherzogthum Baden nach dem Gesetze vom 5. Febr. 1851, 1. Lfg., Allgemeiner Theil, Freiburg 1852, zitiert als: Mayer (1852), XY. |
| Meckbach, Friedrich | Inquisitionsrichter und Staatsanwalt: Ein Vergleich. Aspekte zur Entwicklung der Staatsanwaltschaft auf Grund des 1. StVRG hin zu der Stellung des Inquisitionsrichters des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses, 1976 (Augsburg, Univ., Diss., 1977), zitiert als: Meckbach (1976), XY. |
| Mittermaier, Joseph Anton | <div style="display: flex; align-items: flex-start;"> <div style="flex: 1; padding-right: 10px;">Karl</div> <div> <p>Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Oeffentlichkeit und das Geschwornengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder geprüft, Stuttgart / Tübingen 1845, zitiert als: Mittermaier (1845).</p> <p>Artikel Staatsanwalt, in: Rotteck, Carl von / Welcker, Carl: Staats-Lexikon. Enzyklopädie der Staatswissenschaften, Bd. 12, Leipzig 1848, Reprint 1990, 271-287, zitiert als: Mittermaier (1848/1990).</p> <p>Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung, Erlangen 1856, zitiert als: Mittermaier (1856), XY.</p> </div> </div> |
| Mittermaier, Wolfgang | Die Parteistellung der Staatsanwaltschaft im reformirten deutschen Strafverfahren, Stuttgart 1897, zitiert als: Mittermaier, W. (1897), XY. |

- Moccia, Sergio** Die italienische Reformbewegung des 18. Jahrhunderts und das Problem des Strafrechts im Denken von Gaetano Filangieri und Mario Pagano, in: GA 1979, 201-221, zitiert als: Moccia (1979), XY.
- Molitor, Franz Xaver von** Erfahrungen im Gebiete der Criminalrechtspflege, in: Jagemann, Ludwig von (Hg.): Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, Bd. 3/1843, 1-56, zitiert als: Molitor (1843), XY.
- Moses, Annett** Kriminalität in Baden im 19. Jahrhundert. Die "Übersicht der Strafrechtspflege" als Quelle der historischen Kriminologie, Stuttgart 2006, zitiert als: Moses (2006), XY.
- Mügge, Theodor** Die Censurverhältnisse in Preußen, Leipzig 1845, zitiert als: Mügge (1845), Vorrede, XY; Mügge (1845), XY.
- Müller-Tuckfeld, Jens Christian** Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts, Frankfurt am Main 1998, zitiert als: Müller-Tuckfeld (1998), XY.
- Müller, Alexander** Das Institut der Staatsanwaltschaft nach seinen Hauptmomenten aus dem Gesichtspunkte der Geschichte und der Gesetzgebung Frankreichs und Englands, sodann in seiner Empfehlungswürdigkeit auch für deutsche Staaten dargestellt, Leipzig 1825, zitiert als: Müller (1825), XY.
- Mund, Wiebke** Das preußische Ehescheidungsrecht in der Judikatur des Berliner Obertribunals von 1835 bis 1879, Frankfurt am Main 2008, zitiert als: Mund (2008), XY.
- Muther, Theodor** Biener, Friedrich August, in: Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (Hg.): Allgemeine Deutsche Biographie, Bd. 2, München / Leipzig 1875, 626-627, zitiert als: Muther (1875), XY.

Naucke, Wolfgang	Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte, Baden-Baden 2000, zitiert als: Naucke (2000), XY.
Naujoks, Eberhard	Von der Reaktionszeit bis zum Reichspressegesetz (1849-1874), in: Fischer, Heinz-Dietrich (Hg.): Deutsche Kommunikationskontrolle des 15. bis 20. Jahrhunderts, München / New York / London / Paris 1982, 114-130, zitiert als: Naujoks (1982), XY.
Nolte, Paul	Gemeindebürgertum und Liberalismus in Baden 1800-1850. Tradition, Radikalismus, Republik; Göttingen 1994; zitiert als: Nolte (1994), XY.
Nörr, Knut Wolfgang	Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat, München 1967, zitiert als: Nörr (1967), XY.
o.A. (Verfasser war in Preußen als Staatsanwalt für Ehesachen zuständig)	Ueber das gerichtliche Verfahren in Ehesachen in denjenigen Preußischen Landestheilen, in welchen das Allgemeine Landrecht und die Gerichtsordnung gelten. Zum Besten des Eckartshauses, Eckartsberga 1851; zitiert als: o.A. (1851), XY.
o.A. (von einem rheinpreußischen Juristen)	Das Verhältniß der Staatsbehörde zur Civilrechtspflege, in: Der Gerichtssaal, Jg. 1/1849, 167-181; zitiert als: o.A. (1849), XY.
Oesterley, Heinrich	Georg Practische Bemerkungen über die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren der älteren und neueren Zeit, Göttingen 1814, zitiert als: Oesterley (1814), XY.
Ogorek, Regina	Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert; Aufklärung über Justiz, Halbbd. 2, Frankfurt am Main 2008, zitiert als: Ogorek (1986/2008), XY. Richterliche Normenkontrolle im 19. Jahrhundert: Zur Rekonstruktion einer Streitfrage, in: Aufklärung über Justiz, Halbbd. 1, Abhandlungen und

- Rezensionen, Frankfurt am Main 2008, 183-220, zitiert als: Ogorek (2008), XY.
- Ormond, Thomas** Richterwürde und Regierungstreue. Dienstrecht, politische Betätigung und Disziplinierung der Richter in Preußen. Baden und Hessen 1866-1918, Frankfurt am Main 1994, zitiert als: Ormond (1994), XY.
- Paschke, R.F. (Ober-Staatsanwalt beim Königlichen Appellationsgericht zu Frankfurt an der Oder)** Reglement vom 13. Nov. 1849 betreffend die Geschäftsverwaltung und das Ressort der Beamten der Staats-Anwaltschaft (Ministerial-Blatt Seite 460) nebst den zu demselben erlassenen Bestimmungen, Frankfurt an der Oder 1854, zitiert als: Paschke (1854), XY.
- Peters, Karoline** J.H.D. Temme und das preussische Strafverfahren in der Mitte des 19. Jahrhunderts, Berlin / New York 2010, zitiert als: Peters (2010), XY.
- Pierer, Heinrich August (Begr.)** Pierer's Universal-Lexikon der Vergangenheit und Gegenwart oder Neuestes encyclopädisches Wörterbuch der Wissenschaften, Künste und Gewerbe, Bd. 19, 4., umgearbeitete und stark vermehrte Aufl., Altenburg 1865, zitiert als: Pierer's Universal-Lexikon (1865), XY.
- Planck, Johann Julius Wilhelm von** Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozessordnungen seit 1848, Göttingen 1857, zitiert als: Planck (1857), XY.
- Popp, Hans** Die nationalsozialistische Sicht einiger Institute des Zivilprozess- und Gerichtsverfassungsrechts. Dargestellt am Beispiel des Gesetzes über die Mitwirkung des Staatsanwalts in Bürgerlichen Rechtssachen vom 15.7.1941 (RGBl. I S. 383), Frankfurt am Main / Bern / New York 1986, zitiert als: Popp (1986), XY.
- Reus, Katharina** Das Recht in der Risikogesellschaft. Der Beitrag des Strafrechts zum Schutz moderner Produktgefahren, Berlin 2010, zitiert als: Reus (2010), XY.

- Rieß, Peter** Einleitung zur Strafprozeßordnung, §§ 1-71, in: Rieß, Peter (Hg.), Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar / Löwe-Rosenberg, Bd. 1, 25., neubearbeitete Aufl. Berlin / New York 1999, zitiert als: Rieß (1999), XY.
- Röhl, Klaus F. / Röhl, Hans Christian** Allgemeine Rechtslehre, 3., neu bearbeitete Aufl., Köln 2008, zitiert als: Röhl/Röhl (2008), XY.
- Roth, Andreas** Kriminalitätsbekämpfung in deutschen Großstädten 1850-1914, Berlin 1997, zitiert als: Roth (1997), XY.
- Strafrechtliche Zeitschriften im 19. Jahrhundert – Diskussionsforen oder Gesetzesinterpreten?, in: Stolleis, Michael (Hg.): Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.-20. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 1999, 303-329, zitiert als: Roth (1999), XY.
- Rotteck, Karl von / Welcker, Karl (Hgg.)** Das Staats-Lexicon. Encyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände, in Verbindung mit vielen der angesehensten Publicisten Deutschlands, Bd. 11, 3. umgearbeitete, verbesserte und vermehrte Aufl., Leipzig 1864, zitiert als: Rotteck/Welcker (1864), XY.
- Rudolph, Harriet** Eine gelinde Regierungsart. Peinliche Strafjustiz im geistlichen Territorium. Das Hochstift Osnabrück, 1716-1803, Konstanz 2001, zitiert als: Rudolph (2001), XY.
- Rüping, Hinrich** Die Geburt der Staatsanwaltschaft in Deutschland, in: GA 1992, 147-158, zitiert als: Rüping (1992), XY.
- Rüthers, Bernd** Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 2005, zitiert als: Rüthers (1968/2005).
- Savigny, Friedrich Carl von** Die Prinzipienfragen in Bezug auf eine neue Strafprozeß-Ordnung, Berlin 1846, zitiert als: Savigny (1846), XY.
- Darstellung der in den Preußischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform, in: Vermischte Schriften, Bd. 5, 2. Neudruck der Ausgabe Berlin 1850, Aalen 1981, 222-352, zitiert als:

Savigny (1850/1981), XY.

Scheerer, Holger

Kirchmann als Politiker, in: Bast, Rainer A. (Hg.): Julius Hermann von Kirchmann (1802-1884). Jurist, Politiker, Philosoph, Hamburg 1993, 15-33, zitiert als: Scheerer (1993), XY.

Schleyer, Benjamin

Friedrich Wilhelm Bornemann (1798-1864). Eine Juristenkarriere im Preußen des 19. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 2006, zitiert als: Schleyer (2006), XY.

Schmidt (Staatsanwalt)

Zur Tätigkeit der Staatsanwaltschaft, in: DRiZ 1921, Sp. 271-272, zitiert als: Schmidt (1921), Sp. XY.

Schmidt-Weißenfels, Eduard

Preußische Landtagsmänner. Beiträge zur Partei- und parlamentarischen Geschichte in Preußen, Breslau 1862, zitiert als: Schmidt-Weißenfels (1862), XY.

Schmidt, Eberhard

Zur Rechtsstellung und Funktion der Staatsanwaltschaft als Justizbehörde, in: MDR 8/1964, 629-633; 9/1964, 713-718; zitiert als: Schmidt (1965), XY.

Kammergericht und Rechtsstaat. Eine Erinnerungsschrift, Berlin 1968; zitiert als: Schmidt (1968), XY.

Schmidt, Horst-Alex

Erste Anfänge und Entwicklung der Staatsanwaltschaften in Schleswig-Holstein bis zum Jahre 1945, in: Ostendorf, Heribert (Hg.), Strafverfolgung und Strafverzicht. Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, Köln / Berlin / Bonn / München 1992, 3-57; zitiert als: Schmidt (1992), XY.

Schröder, Jan

Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre der Neuzeit (1500-1933), 2. Aufl., München 2012, zitiert als: Schröder (2012), XY.

Schubert, Werner (Hg.) / Regge, Jürgen

Gesetzesrevision (1825-1848), Quellen zur preußischen Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts, Abt. II, Öffentliches Recht, Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Bd. 5, Familienrecht I, Halbbd. 1, Vaduz

1985, zitiert als: Schubert (1985), XY.

Gesetzesrevision (1825-1848),
Quellen zur preußischen
Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts,
Abt. II, Öffentliches Recht, Zivilrecht
und Zivilprozessrecht, Bd. 6,
Familienrecht II, Halbbd. 2, Vaduz
1987, zitiert als: Schubert (1987), XY.

Schumacher, Ulrich

Staatsanwaltschaft und Gericht im
Dritten Reich. Zur Veränderung der
Kompetenzverteilung im
Strafverfahren unter Berücksichtigung
der Entwicklung in der Weimarer
Republik und in der Bundesrepublik,
Köln 1985, zitiert als: Schumacher
(1985), XY.

Kontinuität und Diskontinuität im
Strafverfahrensrecht. Untersucht
anhand der Entwicklung der
Kompetenzverteilung zwischen
Staatsanwaltschaft und
Strafgerichtsbarkeit, Köln 1987, zitiert
als: Schumacher (1987), XY.

Schumacher, W.

Die Hauptverhandlung als
gruppendynamischer Prozeß, in: StV
8/1995, 442-446, zitiert als:
Schumacher (1995), XY.

**Seelig, Friedrich
Wilhelm (Hg.)**

Die Staatsbehörde bei den
Strafgerichten. Nach Gesetzgebung
und Praxis in Kurhessen. Ein Beitrag
zur Entwicklungs-Geschichte der
deutschen Staatsanwaltschaft, Kassel
1864, zitiert als: Seelig (1864), XY.

Seelmann, Kurt

Gaetano Filangieri und die
Proportionalität von Straftat und
Strafe. Imputation und Prävention in
der Strafrechtsphilosophie der
Aufklärung, in: ZStW 1985, 241-267,
zitiert als: Seelmann (1985), XY.

Zum Verhältnis von Strafzwecken und
Sanktionen in der Strafrechtsliteratur
der Aufklärung, in: ZStW 1989, 335-
351, zitiert als: Seelmann (1989), XY.

Siemann, Wolfram

Der Vorrang der Staatspolizei vor der
Justiz, in: Simon, Dieter (Hg.): Akten
des 26. Deutschen
Rechtshistorikertages, Frankfurt am
Main, 22.-26. September 1986,
Frankfurt am Main 1987, 197-209,

zitiert als: Siemann (1987), XY.

Vom Staatenbund zum Nationalstaat: Deutschland 1806-1871, Bd. 7 der Reihe Neue Deutsche Geschichte (Hg: Moraw, Peter), München 1995, zitiert als: Siemann (1995), XY.

Simon, Dieter

Die Unabhängigkeit des Richters, Darmstadt 1975, zitiert als: Simon (1975), XY.

Consolatio philosophiae oder Brief an Winfried Hassemer, in: Felix Herzog / Ulfrid Neumann (Hg.), Festschrift für Winfried Hassemer. Heidelberg 2010, 1293-1304, zitiert als: Simon (2009), XY.

Sodan, Helge / Ziekow, Jan

Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2014, zitiert als: Sodan/Ziekow (2014), § XY, Rn. XY.

Stelling
(Gerichtsassessor in
Hannover)

Die ergebnislosen Vorverfahren und die Praxis der Staatsanwaltschaft. Eine Erwiderung und zugleich ein Beitrag zur Bekämpfung des Denunziantentums, in: ZStW 1893, 862-893, zitiert als: Stelling (1893), XY.

Sternberg, Theodor

Kirchmann, Julius von, in: Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (Hg.): Allgemeine Deutsche Biographie, Bd. 51, München / Leipzig 1906, 167-177, zitiert als: Sternberg (1906), XY.

**Stintzing, Roderich von
/ Landsberg, Ernst**

Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Abteilung 3, Halbband 2: 19. Jahrhundert bis etwa 1870, 2. Neudruck der Ausgabe München 1910, Aalen 1978; zitiert als: Stintzing/Landsberg (1910/1978), XY.

**Stock, Jürgen /
Kreuzer, Arthur**

Drogen und Polizei. Eine kriminologische Untersuchung polizeilicher Rechtsanwendung, Bonn 1996, zitiert als: Stock/Kreuzer (1996), XY.

Stodolkowitz, Stefan

Das Oberappellationsgericht Celle und seine Rechtsprechung im 18. Jahrhundert, Köln 2011, zitiert als: Stodolkowitz (2011), XY.

- | | |
|--|--|
| Stolleis, Michael | Öffentliches Interesse als juristisches Problem, in: Verwaltungsarchiv 65/1974, 1-30, zitiert als: Stolleis (1974), XY. |
| | Geschichte des Öffentlichen Rechts, Bd. 2, München 1992, zitiert als: Stolleis (1992), XY. |
| Stölzel, Adolf | Brandenburg-Preußens
Rechtsverwaltung und
Rechtsverfassung, dargestellt im
Wirken seiner Landesfürsten und
obersten Justizbeamten, Zweiter
Band, Berlin 1888, zitiert als: Stölzel
(1888), XY. |
| Struve, Gustav von | Actenstücke der Mannheimer Censur
und Polizei, Zweite Recursschrift an
das Publikum, Mannheim / Heidelberg
1846; zitiert als: Struve (1846), XY. |
| Temme, Jodocus
Donatus Hubertus | Neue Verordnungen über das
Strafverfahren in Preussen, in:
Zeitschrift für deutsches
Strafverfahren einschließlich des
Gefängniswesens, Jg. 1/1841, 512-
523, zitiert als: Temme (1841), XY. |
| Theile, Hans | Strafrechtliche Hypertrophie und ihre
Folgen. Das Beispiel der
verfahrenserledigenden
Urteilsabsprachen in
Wirtschaftsstrafverfahren, in:
Monatszeitschrift für Kriminologie und
Strafrechtsreform, 2/2010, 147-163,
zitiert als: Theile (2010), XY. |
| Theis, Kerstin | „Das Ziel ist klar, ein 1918 wird das
Ersatzheer nie erleben.“ – Die
Wehrmachtjustiz der Ersatztruppen an
der „Heimatfront“ während des
Zweiten Weltkrieges, in: Bade,
Claudia / Skowronski, Lars / Viebig,
Michael (Hgg.): NS-Militärjustiz im
Zweiten Weltkrieg. Disziplinierungs-
und Repressionsinstrument in
europäischer Dimension, Göttingen
2015, 165-180, zitiert als: Theis
(2015), XY. |
| Thesmar, Friedrich
Adrian Josef | Die Staatsanwaltschaft, ihr Werth im
Civil- und Criminalrechte, Bonn 1844,
zitiert als: Thesmar (1844), XY. |

Thiele, A.F. (Hg.)

Der Publicist. Eine Zeitschrift zur Besprechung criminalistischer und administrativer Gegenstände, gesellschaftlicher und bürgerlicher Verhältnisse, Jg. 3/1847, Berlin 1847, zitiert als: Der Publicist (1847), XY.

**Tippelskirch, August
Wilhelm Ferdinand von**

Beiträge zur künftigen Strafprozeß-Ordnung für Preußen, in: Archiv für Preußisches Strafrecht, Zweiter Band 1854, 23-39, zitiert als: Tippelskirch (1854), XY.

Ueber das Verhältniß der öffentlichen zur Privatklage; mit besonderer Beziehung auf die neueren Strafgesetzgebungen Deutschlands, in: Der Gerichtssaal Jg. 11/1859, Teil 1:183-196; Teil 2: 241-290; zitiert als: Tippelskirch (1859), XY.

**Twele (Dr. iur,
Obergerichtsrat zu
Dannenberg)**

Die Staatsanwaltschaft, eine systematische Zusammenstellung der auf den Dienst derselben sich beziehenden gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften, Hannover 1853, zitiert als: Twele (1853), XY.

**Varnhagen von Ense,
Karl August (Hg.)**

Tagebücher, aus dem Nachlaß Varnhagen's von Ense, Bd. 1, Leipzig 1861, zitiert als: Varnhagen (1861), XY.

Vermeule, Adrian

Contra Nemo iudex in Sua Causa: The Limits of Impartiality, in: The Yale Law Journal, Vol. 122, Nr. 2/2012, 384-420, zitiert als: Vermeule (2012), XY.

Vormbaum, Thomas

Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924: Vorgeschichte, Inhalt und Auswirkungen; ein Beitrag zur Strafrechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Berlin 1988, zitiert als: Vormbaum (1988), XY.

Strafrechtsdenker der Neuzeit, 1. Aufl. Baden-Baden 1998, zitiert als: Vormbaum (1998), XY.

Wadle, Elmar

Fabrikzeichenschutz und Markenrecht. Geschichte und Gestalt des deutschen Markenschutzes im 19. Jahrhundert, Teil 2: Historisch-dogmatische Grundlinien, Berlin 1983, zitiert als: Wadle (1983), XY.

- Waser, Josef** Das Verhältnis des Staats-Anwaltes zum Untersuchungsrichter, in: Der Gerichtssaal Jg. 2/1850, 25-45, zitiert als: Waser (1850), XY.
- Wehler, Hans-Ulrich** Vom Feudalismus des Alten Reiches bis zur defensiven Modernisierung der Reformära 1700-1815, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 1, München 1987 (1. Aufl.) / 2008 (einmalige broschiierte Studienausgabe), zitiert als: Wehler (1987/2008), Bd. 1, XY.
- Von der Reformära bis zur industriellen und politischen Deutschen Doppelrevolution 1815-1845/49, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 2, München 1987 (1. Aufl.) / 2008 (einmalige broschiierte Studienausgabe), zitiert als: Wehler (1987/2008), Bd. 2, XY.
- Weiß, Norman** Die Reform des Amtsrechts der Staatsanwaltschaft. Europarechtliche und völkerrechtliche Impulse, Münster 2005, zitiert als: Weiß (2005), XY.
- Wentzel, August** Das Centrum und meine politische Stellung als Abgeordneter der Wahlkreise Ratibor und Cosel in der aufgelösten Zweiten Preußischen Kammer, Breslau 1849, zitiert als: Wentzel (1849), XY.
- Wesel, Uwe** Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart, 4. neu bearbeitete Aufl., München 2014, zitiert als: Wesel (2014), XY.
- Westerkamp, Dominik** Pressefreiheit und Zensur im Sachsen des Vormärz, Baden-Baden 1999, zitiert als: Westerkamp (1999), XY.
- Wettmann-Jungblut, Peter** Modern times, modern crimes? Kriminalität und Strafpraxis im badischen Raum 1700-1850, in: Habermas, Rebekka / Schwerhoff, Gerd (Hgg.), Verbrechen im Blick. Perspektiven der neuzeitlichen Kriminalitätsgeschichte, Frankfurt am Main 2009, zitiert als: Wettmann-Jungblut (2009), XY.

- Wieland, Ernst Carl** Geist der peinlichen Gesetze, Zweiter. Theil, Leipzig 1784, zitiert als: Wieland (1784), XY.
- Wienfort, Monika** Patrimonialgerichte in Preußen. Ländliche Gesellschaft und bürgerliches Recht 1770-1848/49, Göttingen 2001, zitiert als: Wienfort (2001), XY.
- Wiethölter, Rudolf** Julius Hermann von Kirchmann (1802-1884). Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer, in: Kritische Justiz (Hg.), Streitbare Juristen. Eine andere Tradition, Baden-Baden 1988, 44-57, zitiert als: Wiethölter (1988), XY.
- Willoweit, Dietmar** Entdogmatisierung der mittelalterlichen Strafrechtsgeschichte, in: Rechtsgeschichte 14/2009, 14-39, zitiert als: Willoweit (2009), XY.
- Wohlers, Wolfgang** Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft: ein Beitrag zu den rechtshistorischen und strukturellen Grundlagen des reformierten Strafverfahrens, Berlin 1994, zitiert als: Wohlers (1994), XY.
- Yang, Teng-Chien** Rechtstheoretische Grundlagen und gesellschaftliche Bedingungen der richterlichen Unabhängigkeit, Berlin 2013, zitiert als: Yang (2013), XY.
- Zachariä, Heinrich
Albert** Ueber die neueren Vorschläge zur Verbesserung des Criminal-Verfahrens in Deutschland, in: Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik, Nr. 36-Nr. 39, Februar 1845, Sp. 281-312, zitiert als: Zachariä (1845), XY.
- Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, dargestellt auf der Basis einer consequenten Entwicklung des inquisitorischen und accusatorischen Prinzips, Göttingen 1846, zitiert als: Zachariä (1846), XY.
- Zur Nedden, Christian** Die Strafrechtspflege im Königreich Westphalen (1807 bis 1813), dargestellt anhand der Praxis westphälischer Gerichte, Frankfurt am Main 2003, zitiert als: Zur Nedden (2003), XY.

Danksagung

Am Ende schreibe ich Danke, an

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Dieter Simon – für alles,

Rike Finger,

Dr. Klaus Finger,

Horst Rudolf Finger,

Falko Maxin,

Dr. Elena Barnert,

Prof. Dr. Henner Wolter,

Florian und seine Familie,

Frau Monika Becker,

Frau Petra Krause,

an die Frauenförderung der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin

und

an das Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main, dort insbesondere an Herrn Prof. Dr. Thomas Duve und Frau Carola Schurzmann.

Vera Finger